CORSO ELEMENTARE

DI

DRITTO CIVILE FRANCESE

TOMO VI.

CORSO ELEMENTARE

DI

DRITTO CIVILE FRANCESE

OSSIA

SPIEGAZIONE TEORICO-PRATICA DEL CODICE CIVILE

PER

V. MARCADÈ

AVVOCATO AL CONSIGLIO DI STATO ED ALLA CORTE DI CASSAZIONE,
AVVOCATO DEL MINISTERO DELL'INTERNO

CONTINUATO

DA PAOLO PONT

VERSIONE ITALIANA ESEGUITA SULLA QUARTA EDIZIONE DI PARIGI

Corretta, aumentata e notabilmente migliorata dall'autore

COLL' AGGIUNTA DEL CONFRONTO DELLE LEGGI PATRIE, E DI VARIE ALTRE NOTE
RIGUARDANTI LA LEGISLAZIONE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

PER

LUIGI LOGATTO

TOMO VI.

NAPOLI
STAB. TIP. DELLE BELLE ARTI.
1861

Allorchè or son circa due anni io accettai dal Marcadè morente il mandato di continuare l' opera da lui impresa nel 1844, e che dopo tredici anni di cure e di lavori ci lasciava nonpertanto incompiuta, non dissimulai a me stesso nè i pericoli nè le difficoltà dell' assunto, e benchè onorato da una scelta, mercè la quale il Marcadè associava anche una volta al suo nome quello di un collaboratore ed amico, non mancai d' intravedere le gravi preoccupazioni da cui non andrebbe disgiunto l' adempimento della mia troppo difficile missione. Poteva io non comprendere che non si mette impunemente la mano ad un libro come questo, ad un' opera il cui meritato successo è stato sì splendido, ad un lavoro che, pei suoi dati e pel suo andamento, è forse più di ogni altro informato alla personalità dell' autore? Il lettore conosce tutto ciò al par di me: non ho dunque ad insistervi più che tanto.

Ma è mio dovere verso il lettore, verso il Marcadè e verso me stesso di dir poche parole sulla parte che prendo a questo libro e sull' ordine da me seguito.

La morte ha colpito il Marcadè allorchè ei compiva il suo *Comentario-trattato della Prescrizione*. E già, vuoi per impazienza di giungere al termine della carriera, e quasi per farsi illusione sulla via che gli restava a percorrere, vuol per desiderio di trattar di un soggetto, di cui la stessa importanza e le difficoltà tentavano l' alta sua intelligenza, aveva interrotto l' ordine del Codice e con un salto erasi spinto all' ultimo titolo, lasciando momentaneamente da banda, per rivenirvi in seguito, tutto ciò che, nel Codice, separa il *Contratto di Locazione* dal titolo *della Prescrizione*.

In tale stato della pubblicazione, io avrei potuto e forse dovuto riprendere il comentario al punto in cui trovasi interrotto, e quindi comentare in pria il titolo del *Contratto di Società*, poscia tutta la materia che comunemente si designa sotto la denominazione de' *Contratti Minori*, innanzi di affrontare i titoli delle *Ipoteche* e della *Espropriazione forzata*.

Non per tanto ho avuto due ragioni per seguire un ordine differente. In pria i privilegi e le ipoteche, e la prescrizione dovevano nel pensiero del Marcadè formar le due parti dell' ultimo suo volume; ed una di queste due parti essendo pubblicata era ben naturale di occuparsi anzi tutto dell' altra, onde rendere completo il volume.

In secondo luogo questo è l' ordine che il Marcadè si proponeva di seguire. E di fermo egli erasi posto a studiare il titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche*, subito dopo aver compiuto quello della *Prescrizione*. Anzi io aveva pensato, secondo talune indicazioni che per mala ventura non si sono verificate che, almeno in questa parte della mia continuazione, tutto si limitasse per me alla revisione di un manoscritto pressocchè compiuto, all' annotazione di qualche nuovo arresto, ed alla spiegazione della recente legge sulla *Trascrizione*, la cui promulgazione ha seguito con pochi mesi di intervallo la morte del Marcadè, ed aveva capito esservi interesse per l' universale a ricevere in sulle prime, ed in breve tempo, l' ultima opera del Marcadè, e vantaggio per me ad entrare in materia con un lavoro di semplice revisione, il quale in certo modo mi servirebbe di transizione, e mi preparerebbe al cómpito di continuatore.

Nonperlanto come dunque avviene che il *Comentario-Trattato dei Privilegii e delle Ipoteche* non sia pubblicato se non dopo già trascorsi due anni dalla morte del Marcadè ? Si è perchè delle due ragioni da me testè indicate, la prima soltanto sussiste. Come ho già detto, le indicazioni che mi avevan fatto sperare l'esistenza di un manoscritto sulle ipoteche lasciato dal Marcadè non si sono avverate. L'autore della *Spiegazione Teorico pratica del Codice Napoleone* erasi senza alcun dubbio occupato della materia ; l'aveva studiata, la studiava ancora, quando fu colpito dalla morte ; ma nulla aveva scritto e, fatte tutte le possibili ricerche nelle carte da lui lasciate, altro non si è trovato , sulle materie di dritto , che talune annotazioni di arresti preparate pel *Giornale del Foro*. Epperò il suo lavoro erasi limitato a quello studio d'insieme, nel quale egli aveva l'abitudine di occuparsi tutto, pria di scrivere per combinare e coordinare nel suo pensiero i diversi elementi dell'opera sua; studio che a lui sarebbe stato eminentemente proficuo, ma di cui la morte ci ha rapito tutto il frutto.

Ciò posto, la parte della mia continuazione che io oggi presento al pubblico non è mica quel lavoro di semplice revisione, nel quale io aveva dapprima creduto restringermi ; è un lavoro mio personale, come lo sarà nel suo intiero quello che farò sulle diverse parti del Codice, il cui comentario non è stato dato dal Marcadè : questa è la mia scusa pel ritardo frapposto a pubblicarlo, questa sarà la mia giustificazione.

Del resto siffatta dichiarazione che per me si fa a solo oggetto che la mia insufficienza ed i miei errori non ricadano sul Marcadè, era, ne son ben certo, al tempo stesso inutile ; l'attento lettore non vi si sarebbe ingannato. Senza parlare della sostanza che avrebbe tanto guadagnato dalla scienza del Marcadè e dal suo possente metodo, vi son qui due cose che rendono impossibile qualunque abbaglio, la forma e la composizione.

In quanto alla forma, il lettore conosce da lunga pezza quella dello scrittore dalla rigorosa logica sì prematuramente rapito alla scienza ; egli ne ha seguiti i lavori , e ben gli è nota la vivacità del suo andamento : non la ritroverà mica nel *Comentario-trattato dei Privilegi e delle Ipoteche*. Ed io non credo dovermene scusare. Si son veduti tanti scrittori i quali , per copiare un maestro , non son riusciti che a prenderne i difetti e ad esagerarli ; mi si perdoneranno (almen lo spero) tutti gli sforzi che io ho potuto fare per evitare i pericoli della imitazione.

In quanto alla composizione il lettore conosce altresì il sistema del Marcadè, egli non ignora che il punto essenziale per lui era « di mostrare un principio sotto tutti i suoi aspetti, di precisarlo in tutti i suoi caratteri, di analizzarlo nella fisonomia di esso , perchè lo si riconoscesse dovunque e sempre , e sotto qualunque forma lo si potesse rintracciare » o che, dopo aver così mostrato, precisato ed analizzato il principio, ei non prendeva dei particolari se non le parti più spiccanti e controvertite , lasciando al lettore la soluzione degli altri punti. Io sono andato anche più oltre. Attenendomi altresì ai principii, li ho seguiti in tutte le applicazioni che ho potuto intravedere. Son giunto così a taluni sviluppi inusitati nell'opera del Marcadè. Possa io ottenere che me ne sia tenuto conto a titolo di compensazione.

Ma tranne queste differenze, le due parti del libro si rassomiglieranno almeno sotto un rapporto : la indipendenza delle opinioni giuridiche. Il Marcadè l'ha spinta il più lontano ch'era possibile, e salvo l'energia e sovente il troppo rigor della forma, ho voluto imitarlo in questo punto. Ciò mi ha condotto a combatterlo talvolta sul suo stesso terreno. Ei mel condonerebbe , essendomi in ciò inspirato alle sue proprie lezioni. Egli stesso ha talora confutato le proprie dottrine : dal che mi ha fatto presentire che, affidandomi la cura di continuar l'opera sua, m'ha lasciato libero del mio pensiero e non ha mica inteso che io lo assoggettassi al suo.

Aprile 1856.

Paolo Pont.

SPIEGAZIONE

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO XVIII.

DEI PRIVILEGI E DELLE IPOTECHE.

(decretato il 19 marzo 1804 — Promulgato il 29).

1. Giungiamo ora all'ultima delle cautele vuoi *personali*, vuoi *reali*, organizzate dal Codice in vista dell'esecuzione delle obbligazioni. Dopo aver fermato nei titoli XIV e XVI i principii relativi alla *fideiussione* ed allo *Arresto personale*, che sono cautele *personali*, il Codice comincia nel titolo XVII col *Pegno* e poscia con l'*Anticresi* (ma in quanto a questa ultima la realtà del dritto è contestata, ved. infra n. 21), la teoria delle cautele *reali*, per continuarla nel nostro titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche*, il quale dà organamento alla più seria e più solida e ad un tempo più energica di tutte. — Questo titolo è diviso in dieci capitoli, i quali trattano, il 1° delle disposizioni generali; il 2° dei privilegi, il 3° delle ipoteche; il 4° del modo della inscrizione de' privilegi e delle ipoteche; il 5° della radiazione e riduzione delle inscrizioni; il 6° dell'effetto dei privilegi e delle ipoteche contro i terzi detentori; il 7° della estinzione de' privilegii e delle ipoteche; l' 8° del modo di purgare le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche; il 9° del modo di purgare le ipoteche, allorchè non siavi inscrizione sui beni dei mariti e dei tutori; il 10° ed ultimo della pubblicità de'registri e della responsabilità de'conservatori.

Questi diversi punti abbracciano una serie di 112 articoli. Non pertanto questi 112 articoli non costituiscono essi solo il nostro regime ipotecario, la materia è completata o modificata da testi in copioso numero, allogati vuoi in altre parti del Codice Napoleone, vuoi nel Codice di procedura, vuoi nel Codice di Commercio, vuoi in fine in leggi speciali, alle quali viene ad aggiungersi la recente legge sulla *Trascrizione* promulgata il 23 marzo 1855 e dichiarata esecutiva solo a contare dal 1° gennaio 1856.

Noi terrem conto di questi diversi elementi nel nostro Comentario-Trattato del titolo XVIII.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI GENERALI.

2092 [1962] Chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (a).

SOMMARIO.

I. L'adagio *chi obbliga obbliga* il suo, consacrato dal nostro articolo ha per base l'interesse stesso della società; è tolto ad imprestito alla legge naturale ed è di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Contraria opinione del Toullier.

II. Ma il nostro articolo dice troppe cose ad un tempo, senza dir nulla di bastante. Da una banda non tutti i beni del debitore sono il pegno dei creditori; evvi delle eccezioni, rinvio. — Da un'altra banda non già sol quando il debitore *si è* obbligato, è tenuto sui suoi beni, basta che *sia* obbligato.

III. Il dritto di pegno generale consacrato dal nostro articolo ha il suo principio nella obbligazione personale e diretta del debitore. — Questo dritto non esiste, tutte le volte che l'obbligato non è debitore se non indirettamente ed a ragione di una cosa di cui è detentore.

IV. Le cose che la legge dichiara inalienabili, non cedibili ed insequestrabili, non son soggette al dritto di pegno. A um di presso, il dritto abbraccia tutti i beni mobili ed immobili, corporali e incorporali, presenti e futuri, ma sol

(a) Questi due articoli sono conformi in ambi i Codici.

quando rimangano in possesso del debitore o non vi fossero entrati che dopo la data dell'obbligazione. — Non pertanto il dritto può esser limitato per comune accordo delle parti: se non è limitato, esiste nella sua generalità, anche quando l'obbligato non avesse un' intiera capacità per rapporto alla disposizione dei suoi beni, controvertito. — Contraria opinione del Marcadè.

I. — 2. Qualunque obbligazione crea un *legame di dritto*, una *necessità legale* imposta ad una persona a pro di un'altra (ved. tomo III, n. 377). Or l'obbligazione cesserebbe di aver questo carattere se, nel tempo stesso che gli permettesse di nascere, la legge non si occupasse dei mezzi di assicurarne la esecuzione. In conseguenza il Codice qui ci dice in modo generale, che chiunque si è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere alla sua obbligazione su tutti i suoi beni presenti e futuri. È un ricordo dell'antico adagio: *Chi si obbliga, obbliga il suo*.

Il Codice del resto in ciò consacra un principio di alta moralità, una di quelle regole che han per base l'interesso stesso della società, la pace e la sicurezza pubblica, in somma una di quelle regole che sono di tutti i tempi e di tutti i luoghi, che emanano dalla legge naturale e che la legge positiva, anzichè crearle, ben più attesta.

3. Abbiam detto in pria che la regola ha per base la pace, la sicurezza pubblica. E di fermo la quiete della società à interesse non solo che i dritti vi si stabiliscano senza disturbi e secondo i modi determinati, ma ancora a che, una volta assodati tali dritti, l'esercizio ne sia assicurato o protetto dalla legge. Or la obbligazione che non portasse seco come correlativo il dritto pel creditore di agire contro il suo debitore sotto l'autorità della legge e di astringerlo all' esecuzione, sarebbe inevitabilmente una causa di disturbo, chè il creditore non avrebbe in tal caso per tutta garenzia se non il buon volere del debitore, o il debito di coscienza cui l'obbligazione ingenera; donde sorgerebbe per lui, a fronte di un debitore senza fede, l' alternativa di vedere estinto un dritto, o di non poterlo revindicare se non facendo appello alla forza.

4. Abbiam detto che il principio è attinto nella legge naturale e che è di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Il Toullier (t. VI, num. 401 e segg.) insegna non pertanto che sol dopo lo stabilimento dello stato civile, tutt' i beni del debitore sono stati affetti all'adempimento delle sue obbligazioni, e che sin là il debitore non ha potuto obbligare i suoi beni che col patto di darli specialmente in pegno al suo creditore. Ma la idea è falsa: senza dubbio il dritto di pegno *sui beni* del debitore, stabilito come correlativo della obbligazione è un progresso della civilizzazione, nel senso che, più ci siamo allontanati dalla tradizione de'popoli barbari, più si è inteso che il pegno principale del creditore, quello che debbe venire in prim'ordine, è il *bene* del debitore, non già la sua *persona*; donde emerge che, dovunque si è formata una idea esatta dalla dignità umana, l'arresto personale non ha avuto che un rango secondario nell'ordine delle sicurezze stabilite dalla legge. Ma ciò non vuol dire che lo stabilimento dello stato civile abbia contribuito a qualche cosa nel pensiero di affettare di pieno dritto i beni del debitore all'adempimento delle sue obbligazioni: questo pensiero è necessariamente anteriore allo stabilimento dello stato civile, esso à dovuto rivelarsi dall' istinto istesso del dritto, e non v'è duopo d'alcuno sviluppo dello spirito giuridico per far intendere, che colui il quale ha dei beni debba soffrire che essi sieno affetti alla sicurezza dei suoi debiti, e che si è questa una di quelle garenzie senza le quali il legame naturale, ingenerato dall'obbligazione, la lascerebbe senza forza nè valore. La idea del Toullier è dunque falsa; e il Troplong (*Priv. e Ipot. n.° 1*) à mille volte ragione contro di lui, allorchè ci mostra che, anche all'epoca in cui la sola occupazione formava il dritto del possessore, ed in cui la proprietà ancor non si fondava sull'eredità (se pur questa epoca abbia mai esistito) una legge dettata dalla coscienza abbia dovuto imperiosamente prescrivere al debitore di soddisfare alle suo obbligazioni con tutti i mezzi in poter suo, e permettere al creditore di astringervelo non solo con l'arresto personale, ma anche col sequestro dei suoi beni. Questa è la legge che i nostri articoli richiamano e consacrano, con la riserva non pertanto, che essi affettano soltanto i beni del debitore, mettendo da banda la persona di lui, la quale oggidì non risponde che in casi del tutto eccezionali ed espressamente determinati (*Ved.* il Comentario-trattato dell'*arresto personale*).

II. — 5. Ciò posto, è mestieri assodare in pria il pensiero reale del nostro articolo per passar poi al comento. Il pensiero della legge debbe essere anzitutto assodato, poichè in effetti il nostro articolo sembra dir troppo ed un tempo e non dire abbastanza.

6. Ed in pria l' art. 2092 ne dice che «chiunque si è obbligato personalmente ec.» e qui è evidente che la legge non dice tutto ciò che deve dire e tutto quello ch'essa vuol dire. I suoi redattori sono ancor sotto l'impero di quella confusione già da noi notata (tomo III, n. 378) che àn fatta perpetuamente, se non nelle cose almeno nella paro-

le, tra *l' obbligazione* stessa e il *contratto* o il *fatto* che dà origine all' obbligazione. In quanto alla forma, sembra ch' essi separino ancor due cose del tutto identiche, due denominazioni completamente sinonime, *l'obligation*, termine da essi adoperato per indicare il legame di dritto risultante da un contratto, da una convenzione, e l'*engagement* espressione che riserbavano per le obbligazioni derivanti dalla legge, dai quasi contratti, da' delitti e quasi delitti (1); e dando a pensare mercè la loro espressione restrittiva, esser mestieri perchè il debitore sia tenuto nei termini dell'art. 2092, che *si sia* obbligato, vale a dire che siavi stata una convenzione, un contratto, mentre che in sostanza è evidente per tutti, e per gli stessi redattori della legge, che l'effetto notato in questo articolo è comune a tutte le obbligazioni, quale che ne sia la origine, vuoi che procedano dalla convenzione, vuoi che procedano da altre fonti dell' obbligazione. Non è dunque indispensabile che il debitore *si sia* obbligato, basta che *sia* obbligato, perchè si produca l'effetto indicato dall'art. 2092: in questo senso debb'essere rettificato il testo dell'articolo.

7. Da un'altra banda lo stesso articolo dice in modo generale e senza alcuna riserva che colui il quale è obbligato è tenuto *su tutti i suoi beni*, mobili ed immobili, presenti e futuri. Ma la legge che pocanzi era troppo riservata nell' espressione, diviene ora troppo generale; chè evvi taluni beni ed in ben gran numero che testi positivi tolgono all'azione dei creditori, e che l'art. 2092 non ha avuto al certo la intenzione di riporre sotto quest'azione. Dovrem dire ben presto, fissando l'estensione del dritto di pegno consacrato dal nostro articolo quali sono i beni che un tal dritto non abbraccia giusta i testi ai quali facciamo allusione (*vedi* n. 10). Per ora ci limitiamo a constatare l' esistenza di questi testi per giustificare la nostra osservazione, cioè che il nostro articolo dice troppo ad un tempo e non dice abbastanza.

8. Ciò del resto avea perfettamente capito la facoltà di Caen, allorchè nelle sue osservazioni sui progetti di riforma ipotecaria preparati dal governo nel 1841, proponeva di sostituire all'art. 2092, come è nel Codice, la seguente redazione: «Chiunque è obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere ai suoi impegni su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri, *salvo le eccezioni* ammesse dalle leggi. »

Arrogi che, se il nostro articolo redatto come è, non dice precisamente così, almeno vuol dire appunto questo. Dobbiamo ora indicare il principio di dritto da esso consacrato e fissarne la estensione.

III.—9. In quanto al principio stesso del dritto, il nostro articolo lo indica in un modo preciso: è uopo che il debitore sia obbligato *personalmente*. Epperò il terzo acquirente di un immobile gravato d' ipoteca non trovasi nelle condizioni della legge. Costui è tenuto ipotecariamente, ed a questo titolo deve al certo soffrire, che il creditore eserciti il suo regresso sull' immobile gravato, poichè il peso ipotecario segue l' immobile in qualunque mano passi. Ma l'attual detentore non è altrimenti tenuto, egli non è il debitore diretto, personale del creditore, egli non ha contratto il debito alla sicurezza del quale l'immobile è affetto; se può esser molestato a causa di questo debito, gli è accidentalmente a causa di questo immobile e perchè egli ne è attualmente detentore, di talchè venendo l'immobile ad uscir dalle sue mani, vuoi perchè perito per caso fortuito, vuoi per essere stato abbandonato ai creditori da cui emana l'azione, il detentore è liberato al momento, che l' obbligazione a suo riguardo non ha più causa, ed i creditori nulla più hanno a domandargli (*ved.* il comento degli art. 2166 e segg.) Tale è ancor la posizione degli eredi irregolari regolata dagli art. 756 e segg. del Codice Napoleone, succedende essi ne'beni, senza succedere alla persona, non possono essere tenuti che a causa dei beni, e finchè li detengono. Tale è altresì quella dell' erede beneficiato, al quale il suo titolo accorda il vantaggio, giusta l'art. 802, di non confondere i suoi beni con quelli della successione, e di non esser tenuto al pagamento dei debiti della successione che sino alla concorrenza del valore dei beni raccolti, *ed anche di potersi liberare dal pagamento dei debiti, abbandonando i beni della successione ai creditori ed ai legatarii*. Tale sarebbe parimenti la situazione di colui che, senza costituirsi garante del debito di un terzo, il che implicherebbe una obbligazione personale, affettasse ipotecariamente uno dei suoi immobili al pagamento del detto debito. Il pegno del creditore non andrebbe oltre l'immobile ipotecato, e quand' anco l' immobile venisse a perire per caso fortuito, il creditore non potrà vendicarsi sul resto del patrimonio del proprietario, chè egli non ha contro di costui l'azione diretta nascente da una obbligazione personale la quale fa sì che il debitore sia obbligato

(1) Questa distinzione giustamente censurata dall'A. fu esclusa nelle nostre *Leggi Civili*, ove la sola parola *obbligazione* risponde ad *obligation* e ad *engagement*. Il Trad.

direttamente, obbligato non a causa dei suoi beni, ma al contrario personalmente ed indipendentemente dai suoi beni. Questa obbligazione personale e diretta è adunque il principio del dritto di pegno generale consacrato dal nostro articolo.

IV.—10. In quanto alla estensione di un tal dritto, esso abbraccerebbe, prendendo alla lettera il testo, *tutti i beni* del debitore. Ma noi già sappiamo (ved. n. 7) che la redazione è troppo assoluta. E di fermo fa d'uopo escludere dalla regola tutti i beni che la legge, in un interesse di ordine pubblico, e per ragione di umanità, o per tutt'altra considerazione ha dichiarato inalienabili, incedibili, insequestrabili. P. es. la dote della moglie, nel regime dotale, è inalienabile ed insequestrabile; la legge nota ancora che talune cose (come il letto, gl'istrumenti da lavoro, ed altre ancora la cui enumerazione si trova negli art. 580 e segg., e 592 Cod. di proc.), non si possono nè sequestrare, nè vendere; e così è, in una certa misura, degli stipendi e delle pensioni dovute dallo Stato, ai termini dell'art. 580 dello stesso Codice combinato con la legge del 21 ventoso anno IX; altrettanto delle rendite sullo Stato giusta l'art. 581 combinato con la legge dell'8 nevoso anno VI, art. 4; lo stesso, di taluni dritti che, essendo esclusivamente inerenti alla persona, son con ciò stessn incedibili, come il godimento legale che ha il padre ed, in mancanza, la madre, dei beni dei loro figli minori, l'uso, l'abitazione, (Cod. Napoleone, art. 384, 631 e 634); per quanto sieno generali le espressioni dell'art. 2092, avvi delle disposizioni eccezionali che sussistono, e con le quali questo articolo deve combinarsi e conciliarsi.

11. E non è tutto: altre riserve, meno complete, ma che non lasciano d'esser riserve, accusano altresì la troppa generalità del nostro articolo. Così, tuttochè i beni del debitore rispondano del suo debito, il creditore non sempre è libero di sciegliere quello de' beni che gli conviene di far pegnorare. P. es. il debitore è un minore, anche emancipato, o un interdetto, il creditore non potrà in generale mettere in vendita gl'immobili pria della escussione de' mobili (Cod. Nap. art. 2206), il creditore ha una ipoteca su taluni beni immobili del suo debitore, sol nel caso d'insufficienza di essi immobili potrà proseguir la vendita di quelli che a lui non sono ipotecati (art. 2209); il debitore giustifica con affitti autentici che la rendita netta e libera de' suoi immobili per un anno basta pel pagamento del suo debito, in capitale, interessi e spese, i giudici avranno la facoltà di sospendere l'azione, se viene offerta al creditore la delegazione della rendita (art. 2212).

12. Salvo queste riserbe i creditori hanno per pegno la generalità dei beni del loro debitore, *i beni mobili ed immobili*, *presenti e futuri*: su di che due osservazioni.

13. Da una banda, il dritto di pegno abbraccia *tutti i beni*; non v'è dunque da eccettuare i beni *incorporali*, e questa categoria di beni risponde della obbligazione al pari dei beni corporali. Ciò risulta senza possibile equivoco dall'art. 2092, il cui testo da sè solo basterebbe per giustificare la soluzione, poichè i crediti, i dritti, le azioni appartenenti ad una persona, costituiscono dei beni che fan parte del patrimonio di questa persona e l'art. 2092 si riferisce a tutti i beni. Ma evvi inoltre l'art. 1166, nel quale la soluzione è in qualche modo formolata; chè questo articolo accorda ai creditori la facoltà di esercitare i *dritti e le azioni* del loro debitore e con ciò esprime appunto la conseguenza qui da noi dedotta dal nostro articolo. (Ved. tomo III, n. 492).

14. Da altra banda il dritto di pegno abbraccia i beni *presenti e futuri*; non v'è dunque a tener conto della data della obbligazione, avuto riguardo a quelle degli acquisti che han fatto entrare i beni acquistati nel patrimonio del debitore. Se l'obbligazione avesse preceduto l'acquisto di tali o tali altri beni per parte dell'obbligato, questi beni non sarebber meno il pegno del creditore con gli altri beni che il debitore già aveva nel suo patrimonio. E di fermo poichè la legge ne dice che il dritto di pegno si estende ai beni *presenti* e *futuri*, essa con ciò stesso ci dice che un tal dritto affetta non solo i beni acquisiti al debitore al momento dell'obbligazione, ma ancor quelli che il debitore acquista dopo e a misura che li acquista.—Ma per contrario non fa mestieri tener conto neppur dei beni che l'obbligato ha potuto avere al momento della obbligazione e che ân cessato dall'esser suoi, allorchè viene a ripetersi l'eseguimento dell'obbligo, vuoi se li abbia venduti, vuoi anche se li abbia donati. Il dritto di pegno generale consacrato dal nostro articolo non si sostiene in fatti se non quando il debitore rimane in possesso, ciò è ben evidente, poichè il tal bene che il debitore à avuto per lo passato, ma che or più non ha, non può allogarsi nella categoria dei beni *presenti e futuri*, i soli che abbraccia il dritto di pegno. Se dunque il debitore ha disposto di una cosa a lui appartenente, se l'à messa fuori del suo patrimonio con un atto quale chessia di alienazione, ei l'ha trasmessa franca e libera da quel dritto di pegno da cui era affetta nelle sue mani, e in ciò tra l'altro questo

diritto differisce dalla ipoteca, la quale segue l'immobile che ne è gravato in qualunque mano passi. Senza fallo i creditori potranno far rientrare la cosa nel patrimonio del debitore, qualora l'alienazione siasi fatta in frode de'loro dritti (art. 1167); è un punto sul quale ritorneremo ben presto. Ma se la cosa rimane fuori del patrimonio del loro debitore, le sicurezze dei creditori ne saranno d'altrettanto diminuite, tutto che al momento in cui è nata l'obbligazione, la cosa si trovasse nel patrimonio del loro debitore, da cui è poscia uscita.

15. Del resto la generalità del pegno consacrato dal nostro articolo non è la essenza stessa della obbligazione alla quale è correlativamente inerente il dritto di pegno. Il creditore e il debitore potran quindi limitarlo per comune accordo tra loro. P. es. io ho nel mio patrimonio taluni oggetti, che, astrazion fatta dal loro valore assoluto, àn per me, a causa della loro origine un valore di affezione, e delle quali per tal motivo a me preme di conservar sempre la proprietà. Posso certamente, se vengo ad obbligarmi per un prestito o per tutt'altro modo, stipulare che tali oggetti saran sottratti al dritto di pegno generale consacrato dal nostro articolo: se il creditore consenta ad una tale riserva e l'accetti, nulla si oppone a che essa abbia il suo effetto, quali che possano essere le eventualità, e fosse anche il residuo mio patrimonio insufficiente a rispondere del mio debito: la regola consacrata dall'art. 2092 non è dunque di ordine pubblico al punto che non sia possibile derogarvi.

16. Ma nel manco di limitazione, il dritto di pegno si acquista dal creditore in tutta la sua generalità, e fatta astrazione da ogni circostanza giuridica in seguito della quale venga ristretta la capacità di disporre dei suoi beni nella persona dell'obbligato. Questo punto è pertanto gravemente controvertito; è uopo chiarirlo in pria con una ipotesi. Supponiamo un minore emancipato, o un minore rappresentato da un tutore, o ancora una moglie separata di beni, queste diverse persone non ànno l'assoluto potere di obbligarsi e di alienare i loro beni, ma ànno un dritto di amministrazione, nei limiti del quale le obbligazioni che contraggono sono perfettamente valide. Or supponiamo che queste persone siensi obbligate, senza oltrepassare i limiti di siffatto dritto di amministrazione, lor conferito dalla legge, e domandiamo se, non ostante le proibizioni mercè cui la capacità generale di alienare è in essi limitata, la loro obbligazione abbia altresì la sua sanzione nel dritto di pegno generale stabilito dall'art. 2092. Il Marcadè ha già trattato la quistione nel suo comento all'art. 1449, a proposito della obbligazione contratta dalla moglie separata di beni, ed à pensato non esser qui il caso di seguir l'art. 2092, almeno nella generalità di esso, e l'obbligazione non aver per pegno se non il mobiliare della moglie (*ved.* art. 1449, n. 3). Il continuatore del Marcadè aveva avuto altresì a decidere la quistione in questa stessa ipotesi (*Tr. del contr. di matr.*, t. II, n. 883) e di accordo col suo collaboratore ed amico Rodière, l'aveva decisa in senso opposto. Questa pubblicazione gli ha imposto il dovere di un nuovo esame che l'ha pienamente confermato nella sua personale opinione: ei deve dunque persistervi, e per rendere un omaggio all'autorità sì grande del Marcadè svilupperà i motivi che l'àn determinato.

La teoria dell'art. 2092 è chiara oltre ogni dire. La legge vuol dare una efficace sanzione a qualunque obbligazione, di cui riconosca la validità. Sol perchè dunque una obbligazione è valida in sè, essa crea un legame di dritto, una necessità legale in forza della quale i beni dell'obbligato son colpiti dal dritto di pegno generale coi la legge consacra in favor del creditore. Or la moglie separata di beni, la quale si obbliga nei termini e nei limiti del suo dritto di amministrazione, contrae al certo una obbligazione valida; essa è dunque soggetta all'applicazione dell'art. 2092, e può esser molestata sulla totalità dei suoi beni, e per conseguenza sui suoi immobili del pari che sui suoi mobili. Vero è che, se la moglie separata ha la disposizione dei suoi mobili, ai termini dell'art. 1449, non ha egualmente, giusta lo stesso articolo, la libera disposizione dei suoi immobili. Ma che rileva e che se ne vuol conchiudere? Che la moglie la quale non può alienare i suoi immobili, non possa appunto perciò obbligarli? Sia pure; Ma questa non è la quistione, e ciò è evidente, poichè la moglie separata, tutto che incapace di alienare i suoi immobili, non ha meno una capacità relativa di obbligarsi. Di che trattasi dunque realmente? Di sapere se la moglie, la quale pel fatto della separazione ricupera il dritto di libera amministrazione (chè l'art. 1449 lo dice altresì), alla quale per conseguenza la legge rende le prerogative e la capacità che appartengono all'amministratore, possa, allorquando si obbliga nei limiti di siffatta capacità, essere affrancata in una misura qualechesia dalle conseguenze che la legge stessa, che la sola legge rannoda all'obbligazione regolarmente formata. Or l'art. 2092 risponde a ciò con la sua stessa generalità. Niuno al certo potrà leggere questo articolo senza riconoscere ch'esso non misura in modo alcuno la capacità più o meno estesa, più o me-

no completa dell'obbligazione gli effetti che rannoda all' obbligazione. Altro non occorre che l'obbligato sia capace nella misura in cui si obbliga e che si obblighi regolarmente, il dritto del creditore fondasi allora su di una giusta causa; ed è sufficiente perchè la obbligazione sia mantenuta nelle sue condizioni, nei suoi effetti giuridici, per conseguenza con tutte le sicurezze che l'art. 2092 vi rannoda correlativamente. Quale ostacolo sono ora i divieti dell'art. 1449? Nessuno; chè questo articolo interdice alla moglie separata la sua azione personale, spontanea, il consenso ch'ella stessa prestasse ad atti che uscissero dalla misura della sua relativa capacità. Ma qui non v'è nulla di ciò, questo dritto di pegno generale che affetta i beni dell'obbligato, ai termini dell'art. 2092, non lo dà l'obbligato, ma è la legge stessa che lo stabilisce mercè la sua sola autorità, senza l'intervento dell'obbligato, anche a di lui insaputa in molti casi, p. es. allorquando l'obbligazione ha la sua origine nel quasi contratto di gestione di affari. Come dunque le proibizioni dell'art. 1449 potrebbero esser qui poste in causa? Evidentemente queste proibizioni sussistono intiere nel nostro sistema e la nostra soluzione non le contraria mica; chè se gli immobili della moglie separata sono obbligati per effetto di questo dritto di pegno generale consacrato dall'art. 2092, sono almeno obbligati senza il consenso della moglie, per la volontà della legge, e come conseguenza di una obbligazione consentita dalla moglie senza dubbio, ma cui la moglie poteva consentire, e della quale la legge non può riconoscere la validità senza ammettere gli effetti ch'ella stessa assegna all'obbligazione in modo generale. (1).

L'eccezione che protegge i beni della moglie dotale anche contro il dritto di pegno generale consacrato dal nostro articolo è del novero delle particolarità del tutto eccezionali del regime dotale: essa non potrebbe vantaggiare alla moglie collocata sotto un altro regime di associazione conjugale.

2093 [1963]. I beni del debitore sono la comune garentia dei suoi creditori, ed il prezzo si ripartisce fra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori (a).

2094 [1964]. Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche (b).

SOMMARIO.

I. A pro della massa dei creditori il dritto di pegno grava sui beni del debitore e ciò senza alcun riguardo alla data dei crediti.
II. Il che ha luogo anche per rapporto al bene che il debitore aveva alienato e che i creditori han fatto rientrare nel suo patrimonio con l'esercizio dell'azione paoliana: la rescissione in tal caso reca vantaggio anche ai creditori il cui titolo è posteriore all'alienazione. Opinione conforme del Marcadè confutazione della contraria opinione del Mourlon.
III. Ma è rotta l'uguaglianza, quando tra' creditori vi sono legittime cause di preferenza, come dei privilegi o delle ipoteche. — Non pertanto non son queste le sole cause di preferenza.
IV. E' uopo aggiungervi l'anticresi. L'opinione contraria emessa da taluni autori e ormai condannata dalla recente legge (23 marzo 1855, sulla trascrizione
V. E'uopo aggiungervi anche il dritto di ritenzione: rinvio.

I. — 17. Dopo aver consacrato l'antico adagio *chi si obbliga, obbliga il suo*, la legge qui ne dice, come complemento della regola che i beni del debitore sono il comune pegno dei creditori. Quindi, a pro della massa dei creditori indistintamente questo dritto di pegno generale grava sui beni del debitore. E così doveva essere in massima. Qui, nella ipotesi della legge, la persona del debitore è quella che è obbligata; i suoi beni non sono obbligati che accessoriamente alla persona. Niuno dei creditori potrebbe quindi pretendere un dritto privativo sui i beni, o anche un dritto di preferenza, quale che sia la data del suo titolo. Siccome ciascun di essi, l'ultimo al pari del primo, non ha dritto che a causa della persona, gli è aperto che l'uno non sarà in miglior condizione dell'altro, non potendo la persona che rispondere al modo stesso per tutti; epperò l'art. 2093 senza tener conto della data dei crediti, ci dice che il prezzo dei beni si distribuisce per contributo tra' creditori. Così, se il debitore ha più debiti che beni, evvi una insolvibilità i cui effetti si regoleranno tra'creditori proporzionalmente all'importanza dei loro diritti rispettivi, e non graviteranno esclusivamente sugli ultimi in date. Poniamo la somma di 60 mila fr. prodotta dal pegnoramento e dalla vendita dei beni di *Primo* che ne doveva 90,000, cioè: 30 mila a *Secondo* sin dal 1 gennaio 1853; 30 mila a *Terzo* dal mese di maggio seguente, e 30 mila a *Quarto* dal 1 gennaio 1854. La differenza di 30 mila fr. tra la somma dovuta e quella prodotta dalla vendita non graviterà esclusivamente sull'ultimo creditore, su *Quarto*, che in tal modo nulla riceverebbe, essa si ripartirà fra i tre creditori, i quali venendo in

(1) *Ved.* in questo senso Duranton (t. II, n. 492), Demante (t. I, p. 445), Valette su Proudhon (t. I, p. 443), Demolombe (t. IV, n°161), Mourlon *Esame crit. e prat. del Comm.* del Troplong *sui Privilegi*, p. 6, n. 6). — *Ved.* non pertanto oltre la opinione del Marcadè già citata, lo Zachariae (t. III, p. 484, nota 55), Massol (*Della separaz. personale* p. 21)

(a b) Questi articoli sono conformi in ambo i Codici.

concorrenza, riceveranno ciascuno i due terzi del credito, ossia 20 mila fr. ugnuno. — Questo è il dritto comune.

II.—18. Taluni autori vi fanno eccezione in certi casi ed insegnano esservi delle circostanze in cui evvi necessariamente ineguaglianza di pegno tra' creditori, ed in cui per conseguenza deve avvenire che lo uno sarà pagato per intero, mentre che gli altri non avranno che una dividenda e forse anco nulla. Una di tali situazioni, secondo questi autori, sarebbe quella esaminata più sopra ad occasione dell'*azione pauliana*, la cui regola è consacrata dall' art. 1167 (t. III, n. 496 e segg.) Epperò si è detto, se dei creditori, facendo uso del benefizio di tale articolo, ottengano la rescissione di una alienazione cui il debitore avesse fatta in frode dei loro dritti, è di tutta giustizia che siffatta rescissione non rechi profitto se non a quegli stessi creditori che avevano un dritto di pegno sui beni, dei quali il debitore ha fraudolentemente disposto, e che i creditori il cui titolo è posteriore all' atto fraudolento non possano ritrarre alcun vantaggio dalla rescissione, poichè il bene di che trattasi, uscito dal patrimonio del loro debitore, allorchè son divenuti creditori, non è stato giammai compreso nel loro pegno. Siffatta dottrina già contraddetta dal Marcadè (*loc. cit.* n. 501) è stata recentemente ripresa e dedotta dal Mourlon con forza ed anche con quell'impeto ed energia proprii di una opera critica (1). Ma, ci è forza dirlo, la teorica del giovane scrittore ci è sembrata peccar qui nella base. Certamente se si trattasse di sapere se l'azione paoliana è aperta ai creditori che non son divenuti tali se non posteriormente all'atto arguito di frode, il dubbio non sarebbe permesso; e niun dubbio infatti esiste nè in dottrina nè in giurisprudenza. Siccome quelli il cui titolo è posteriore alla data dell'atto compiuto dal debitore non eran creditori al momento in cui quest' atto si è compiuto, è di tutta evidenza che esso non si è fatto in frode dei loro dritti; di tal che non è nelle condizioni volute dall' articolo 1167 per dar adito all' *azione paoliana*; epperò si ammette senza difficoltà che i creditori posteriori non han qualità per esercitare tale azione (2). Ma la quistione è quella di sapere se l'*azione paoliana*, una volta esercitata da coloro che avevano qualità per introdurla, tutti i creditori, senza distinzione di anteriorità, possano profittare della rescissione procurata da tale azione. Or la quistione è ben differente, e per risolverla abbiamo il testo positivo dell'art. 2092, che fa gravare il dritto di pegno nel modo più generale su tutti i beni del debitore, sui *mobili ed immobili*, *presenti e futuri*. Non è forse vero che l'azione paoliana ha avuto per risultato di riporre nel patrimonio del debitore il bene che ne era momentaneamente uscito? Un tal bene adunque fa ormai parte del patrimonio del debitore; anzi si può dire che per effetto dell' azione paoliana si reputa non aver mai cessato di farne parte. Così essendo, questo bene è con tutti gli altri del debitore il *comun pegno* di tutti i creditori, senza alcuna possibile preferenza, (ved. tomo III, n. 501). Così prescrive il nostro articolo combinato con l'articolo precedente, ed occorrerebbe un testo ben positivo per distruggere l'induzione che da essi si desume. In verità il Mourlon invoca un testo, anzi ne invoca due invece di uno. In pria lo stesso art. 1167, giusta il quale i creditori (anteriori all'atto, poichè per confessione generale costoro soltanto han qualità per agire) esercitano l'azione « in loro nome personale ». Or ei dice, esercitare un' azione in *nome personale* vale agir per sè stesso e nel suo interesse, unicamente per sè stesso senza rappresentare chicchessia. Indi l'articolo 788, il quale autorizzando i creditori di un erede a impugnar la rinunzia da costui fatta in pregiudizio dei loro dritti, a far rescindere la rinunzia ed accettar la successione dal capo del loro debitore, dice positivamente, non già che la revoca della rinuncia produrrà un effetto assoluto *erga omnes*, ma al contrario che la rinunzia non è annullata se non in favore dei creditori fino a concorrenza dei loro crediti e non già a pro dell'erede che ha rinunziato. Ma il Mourlon non ne fa conto: da espressioni che ànno un valor tutto relativo ei desume conseguenze generali, alle quali il legislatore non ha pensato nè dovea pensare. Nell' art. 788 come nel 1167 è sua mente, sua volontà, non già di favorire i tali crediti, piuttosto che i tali altri, ma proteggere quelli, quali che sieno, i quali ànno un dritto alla sua protezione contro un atto consentito in lor pregiudizio dal loro debitore, in condizioni tali che il debitore stesso non sarebbe ricevibile in generale ad impugnare questo atto; e sotto tal punto di vista la espressione della legge è appunto ciò che doveva essere. Epperò l'erede il quale ha rinunziato, ha ripudiato la qualità di erede: siffatta qualità è dunque per lui perduta, almeno nel caso in cui la successione è stata accettata da altri eredi, ma se la rinunzia è

(1) *Ved Esame crit. prat. del Comm.* del Troplong *sui privil'ed.* n. 14.

(2) Parigi 6 giug. 1826; Colmar 20 magg. 1836; Riom 8 ag. 1815, Bourges. 14 ag. 1844, Nimes 18 dic. 1849, Ved. pure Delvincourt (t, 41, p. 575.) Toullier (t. VI, n. 351), Duranton (t. X, n. 557) e Zachariae (t. II, § 313).

è fatta in pregiudizio dei creditori del rinunziante, la legge viene in loro aiuto permettendo loro d'impugnarla. Or avvenendo che la rinunzia sia annullata, essa cade pei creditori, ma sol per essi, e per conseguenza sino alla concorrenza dei loro crediti; di tal che se, pagati i creditori, evvi un residuo nella parte che sarebbe apettata al rinunziante, un tal residuo va, non già al rinunziante, chè la rinunzia sussiste a suo riguardo, ma agli eredi che ànno accettato, ed ai quali cresce la parte del rinunziante, (*supra*, t. II, n. 230). L'art. 788 ciò dice e null'altro che ciò. In quanto all'art. 1167, le espressioni ne sono sì logiche, e si spiegano sì bene nel senso restrittivo di sopra indicato che, il confessiamo, non sappiamo intendere come il Mourlon abbia potuto ingannarsi. Questo articolo dice che l'azione pauliana è esercitata dai creditori *in loro nome personale*. Ed in vero poteva forse dire altrimenti? Trattasi pei creditori di domandar la rivocazione di un atto liberamente consentito dal loro debitore; costui non potrebbe neppur dimandare siffatta rivocazione. Come dunque si domanderebbe in suo nome? La legge dice in conseguenza ai creditori autorizzati ad agire, che essi il faranno per conto loro ed *in lor proprio nome*. Ma nè questo art. 1167, nè il 788 hanno per oggetto di dire ciò che sarà, rispetto ai creditori nei rapporti tra loro, l'effetto della rescissione o dell' annullamento ottenuto da uno o più tra essi; nè se costoro verranno, ad esclusion di quelli, alla divisione del prezzo dei beni cui avrà procurato la rescissione o l'annullamento; e per conseguenza non si potrebbe, senza estenderne la portata e mutarne il positivo significato, trovare una modifica o una restrizione alla regola degli art. 2092 e 2093, giusta la quale tutti i beni *mobili ed immobili, presenti e futuri*, che entrano nel patrimonio di un debitore sono il comun pegno dei suoi creditori, quale che sia la data del loro titolo. Infatti, nel nostro caso particolare, l'azione in rescissione intentata dai creditori che avevano dritto di agire ha riposto nel patrimonio del debitore un bene che ne era momentaneamente uscito: in dritto, questo bene, pei creditori che non avessero potuto agire, perchè il loro titolo è posteriore all'alienazione, è uno di quei beni futuri, sui quali, giusta i termini stessi della legge si estende il pegno dei creditori, a misura che entrano nel patrimonio del debitore e in qualunque modo vi entrino. Noi sopprimiamo dunque, sotto il punto di vista or ora trattato, qualunque distinzione tra'creditori anteriori e posteriori.

19. Ed a più forte ragione siffatta distinzione dovrà esser soppressa nel caso in cui l'alienazione si fosse fatta dal debitore in frode, non pur dei suoi soli creditori attuali, ma eziandio di quelli coi quali si proponeva di trattare in seguito. E la distinzione si cancellerebbe ancor più completamente, chè siccome la frode qui sarebbe ordita contro i creditori posteriori, del pari che contro i creditori anteriori, i primi si troverebbero come i secondi nel caso dell'art. 1167, di tal che non solo profitterebbero, come i creditori di che parlammo al numero precedente, della rescissione pronunziata, ma altresì avrebbero, più di questi creditori, dritto e qualità per istituire essi stessi l'azione in rescissione (*supra*, t. III, n. 502) (1).

III.—20. Dopo aver fermata la regola da noi spiegata, l'art. 2093 aggiunge esser rotta l'uguaglianza tra'creditori, allorchè tra loro vi sono legittime cause di preferenza; indi l'art. 2094 dice che le cause legittime di preferenza sono i privilegi e le ipoteche. E di fermo i privilegi e le ipoteche, come si vedrà nel comento degli articoli seguenti, assicurano almeno sotto un rapporto, e più sovente sotto due rapporti, un vantaggio al creditore che ne è provveduto. Da una banda il privilegio quando verte sui mobili, dà al creditore il dritto di esser pagato in preferenza, il che lo fa uscire dal dritto comune, giusta il quale, come si è veduto, i creditori vengono al pagamento in contributo tra loro: talvolta altresì, ma però eccezionalmente, il privilegio sui mobili dà al creditore il dritto di revindicare tre le mani dei terzi anche di buona fede gli oggetti che ne sono gravati. Da un'altra banda le ipoteche e i privilegi immobiliari danno al creditore non solo un dritto di preferenza, ma ancor un dritto di ripetizione: un dritto di preferenza in forza del quale il creditore privilegiato o ipotecario ottiene pria di tutti gli altri il suo pagamento sul prezzo dell'immobile affetto dal privilegio o dalla ipoteca; un dritto (*droit de suite*) in forza del quale l' onere rimane sull'immobile e lo segue in qualunque mano passi, in seguito della alienazione che potrebbe farne il debitore.

Ma se il nostro articolo ci dice che i privilegi e le ipoteche son legittime cause di preferenza, non ci dice e non dovrebbesi dire che queste sieno le sole cause legittime di preferenza.

IV.—21. È uopo aggiungervi in pria il pegnoramento. Ma vi è qui a far distinzione tra il pegnoramento delle cose mobiliari o pegno propriamente detto e quello delle cose immo-

(1) *Ved.* in questo senso, oltre l'arresto della Corte di Cass. del 2 febb. 1852 citato dal Marcadè, un altro arresto conforme della stessa Corte del 14 luglio 1852 — *Ved.* pure la nostra dissertazione nella Riv. Critica t. III, p. 41, e la dissertazione del Minnerel, *ibid*, t. II. p. 412.

biliari o *anticresi* (1). Nel pegno che conferisce un dritto alla cosa stessa (C. Nap. 2073), il diritto del creditore detentore di quello è un privilegio; la legge lo qualifica così espressamente (art. 2073 e segg.) e lo alloga anche nel rango de' privilegi su taluni mobili (art. 2102, n. 2): il pegno è dunque virtualmente compreso nella enumerazione del nostro articolo. L'anticresi al contrario, la quale non è nè un privilegio nè una ipoteca, e di cui la legge parla anche in opposizione ai privilegi ed alle ipoteche (art. 2091) non è compresa in siffatta enumerazione. Non pertanto l'anticresi permette al creditore anticretico di pagarsi, mercè i frutti dell'immobile, in preferenza a tutti gli altri creditori, e di ritenere l'immobile sino al totale pagamento, senza tener conto delle alienazioni che il suo debitore ne avesse potuto fare anche in buona fede. A questo titolo, l'anticresi debbesi aggiungere alle legittime cause di preferenza indicate dal nostro articolo. E non pertanto ciò è stato gravemente contestato. Il Troplong segnatamente ha sostenuto, con quella lucidezza che egli pone abitualmente nello sviluppo delle sue teorie favorite, il carattere puramente personale del dritto risultante dall'anticresi. A suo modo di vedere, il divieto che la legge fa al debitore di ritirare l'immobile dalle mani dell'anticresista sino all'intera soddisfazione del debito creerebbe un'obbligazione personale, la quale non obbligherebbe che il debitore, e il correlativo dritto del creditore di ritenere l'immobile non sarebbe che una eccezione personale opponibile soltanto al debitore che era parte nel contratto, e non mica ai terzi in buona fede, neppure a coloro che àn contrattato col debitore posteriormente alla costituzione di anticresi (2). Ma siffatta dottrina non ha prevaluto ed è aperto che nol doveva. Senza arrestarci quì ai ragguagli che più particolarmente si appartengono al comentario del *pegnoramento* e più conveniente vi trovano il loro posto, possiam dire che il pegnoramento, sia il pegno, sia l'anticresi, contratto mercè il quale, giusta una distinzione comune ad entrambi, il debitore rimette una cosa al suo creditore *per sicurezza del debito* (art. 2071), sarebbe vano ed in particolare non avrebbe il carattere di sicurezza che gli è assegnato dalla legge stessa, se non fosse opponibile ai terzi, tranne a coloro che àn contrattato col debitore dopo la formazione del contratto, poichè quest'ultimo potrebbe la dimane fare sparire la sicurezza, vendendo o ipotecando la cosa data in pegnoramento. Epperò non solamente nella legge nulla giustifica la teoria da noi testè indicata, ma ancora molti testè la contraddicevano formalmente pria che la recente legge sulla trascrizione l'avesse diffinitivamente condannata. Da una banda infatti l'art. 2091, nel quale in particolare questa teoria cerca la sua giustificazione, non pertanto non potrebbe fornirla; chè questo articolo dicendo che l'anticresi non pregiudica mica ai diritti che i terzi potessero aver sul fondo dell'immobile, non intende evidentemente parlare, come risulta dagli articoli precedenti, che dei dritti acquistati anteriormente alla costituzione dell'anticresi; e se questo articolo soggiunge che, nel caso in cui il creditore anticretico avesse nel fondo dei privilegi o delle ipoteche legalmente stabilite e conservate, ei le eserciterà a sua volta come qualunque altro creditore, dice una cosa ben ragionevole, avuto riguardo agli altri due diritti distinti ed essenzialmente differenti pei loro effetti e pel loro obbietto, di cui suppone la coesistenza nelle mani dello stesso creditore, non potendo uno di questi dritti escluder l'altro o sostituirlo. Da un'altra banda, la nostra dottrina cui l'art. 2091 non distrugge, al contrario si rafferma ben positivamente in pria come si è veduto dall'art. 2071 ed inoltre dal 2072, il quale ponendo il *pegno* e l'*anticresi* sotto la comune denominazione di *pegnoramento* rende comune altresì all'anticresi l'effetto che appartiene incontestabilmente al pegno, e che è appunto quello di affettare *la cosa stessa* alla sicurezza del creditore; in seguito mercè l'art. 446 Cod. di Comm.; questo articolo dichiara nulla e senza effetto « qualunque ipoteca convenzionale o giudiziaria e *tutti i dritti di anticresi* o *di pegnoramento* costituiti sui beni del debitore per debiti anteriormente contratti » allorchè tali atti si saran fatti dal debitore dopo l'epoca determinata dal tribunale come cessazione dei suoi pagamenti, o nei dieci giorni che avran preceduto siffatta epoca, e con ciò suppone necessariamente che l'anticresi costituisce un dritto reale che affetta la cosa stessa, e che a questo titolo

(1) Nel linguaggio del Codice francese e degli autori *nantissement* è la denominazione del genere, del quale sono specie il pegno (*gage*) e l'anticresi (*antichrèse*). Nel difetto d'una voce tecnica del genere, il Codice delle Due Sicilie à detto *pegno* il *nantissement*, e *pegno propriamente detto* il *gage*. Noi renderemo per *pegnoramento* il *nantissement*, nome che più d'ordinario si dà all'impossessamento così delle cose mobili come delle immobili non per titolo di dominio, nè di possesso perpetuo o terminato, ma di sicurtà e cautela della soddisfazione di un debito. *Il Traduttore.*

(2) *Ved.* Troplong (Pegno, n. 148 e segg. 176 e segg.) *Ved.* pure nel senso di siffatta dottrina Delvincourt. (t. III, p. 212) e Martou (*Comm. della legge belga sulle ipot.*, t. I. n. 31 e 259) e gli arresti di Rennes 21 ag. 1827, Liegi 14 luglio 1821; Bastia 9 magg. 1838, e Parigi 24 lug. 1852.

essa è opponibile ai terzi, poichè senza di ciò non vi sarebbe luogo a pronunziarne la nullità nell'interesse della massa. Tutto ciò era già ben decisivo, a parer nostro, ed in fatti la realtà dell'anticresi, ammessa dalla generalità degli autori (1) era stata formalmente consacrata dalla Corte di Cassazione (2). Ma oggidì questo punto sembra non potersi neppure mettere in quistione; chè la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione in materia ipotecaria, classifica l'atto costitutivo di anticresi fra gli atti suscettibili di essere trascritti (art. 2, n. 1.) Or se tali convenzioni debbonsi rendere pubbliche mercè la trascrizione è evidentemente che, lungi dal restringersi tra il debitore e il creditore, esse sono opponibili ai terzi. La quistione è legislativamente risoluta.

V. — 22. Dall'anticresi al dritto di ritenzione il passaggio è naturalissimo, altro non è se non il passaggio dal particolare al generale, chè l'anticresi non è che un caso particolare del dritto di ritenzione. Noi generalizzeremo dunque la proposizione precedente e diremo esser d'uopo aggiungere alle sicurezze, alle cause legittime di preferenza enumerate dall'art. 2091, il dritto di ritenzione accordato dalla legge ai creditori in taluni casi da essa determinati. (Art. 570, 865, 1612, 1673, 1749, 1948, 2082, 2087, 2280). Con ciò il possessore ed anche il semplice detentore di una cosa, citato in revindica o in restituzione, è autorizzato a ritenere tale cosa sino al rimborso delle spese da lui fatte nell'interesse della cosa e per una causa connessa alla detenzione di essa. La realità di questo dritto è contestata come la realità dell'anticresi. (*Ved.* gli autori citati). Ma essa qui si dimostra come nel caso di anticresi mercè l'obbietto stesso del dritto, poichè è evidente che, se il dritto fosse puramente personale e non esistesse che dal debitore al creditore, sarebbe, a talento del primo, senza alcuna efficacia pel secondo. Noi abbiamo insistito su di ciò e sulla natura, sugli effetti e sull'obbietto di questo dritto nel nostro Comento sul *Pegnoramento*.

CAPITOLO II.

DEI PRIVILEGI

2095 [1965]. Il privilegio è un diritto, che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori anche ipotecari (a).

SOMMARIO

I. Definizione del privilegio; quella del nostro articolo è incompleta, in quanto che non comprende il privilegio risultante dalla espressa costituzione di pegno.

II. Effetti del privilegio. Il Codice differisce in questo punto dalla legge romana, giusta la quale il privilegio non dava luogo all'azione personale, e per conseguenza era primeggiato dall'ipoteca. — Oggidì l'ipoteca non vien che dopo il privilegio. — Sviluppi.

III. Eccezione.

23. La legge, con la definizione che qui dà del privilegio, indica ad un tempo (ma incompiutamente come or ora si vedrà) la natura e gli effetti di un tal dritto.

I. — 24. Sotto il primo rapporto risulta dal nostro articolo che il privilegio, indipendente dalla convenzione, ha il suo principio nella *qualità*, vale a dire nella *causa* del credito; indi soggiungendo nei due articoli seguenti, che tra' privilegiati la preferenza si regola mercè le differenti qualità dei privilegi e che coloro che sono nello stesso rango son pagati in concorrenza, la legge mostra che la preferenza non è determinata in generale dalla priorità del tempo; di tal che presi nel loro insieme questi testi consacrano la definizione della legge romana, secondo la quale: ***Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.*** (*L. 32, D. de Reb. auct. jud. possidendis*). Non pertanto èvvi qui un punto a notare. Senza dubbio, come dice il Domat (*Leggi civili*, lib. III, t. 1, sez. 5, n. 30), di cui il nostro articolo conferma la dottrina, il privilegio fa un'affezione particolare, la quale dà al creditore privilegiato la cosa per pegno, tutto che non siavi nè convenzione nè condanna che marchi espressamente siffatta preferenza; chè essa è inerente al titolo del credito, per la natura del debito, senza che lo si esprima; ed è questo un dei lati, mercè il quale il privilegio si distingue dall'ipoteca, la quale può stabilirsi mercè convenzione. Col Domat altresì, è uopo anche dire che, se il debito non fosse da sè stesso privilegiato, non si potrebbe renderlo tale per effetto di una convenzione. La Corte di Cassazione giustamente decide in questo senso, che qualunque privilegio debbe essere ristretto ai casi espressamente specificati dagli atti legislativi che lo hanno stabilito; donde emerge che un debitore non può, mercè particolari convenzioni e fuori dei casi preveduti dalla legge, creare in favor dell'uno dei suoi creditori un privilegio su somme che

(1) *Ved.* Duranton (t. VIII n. 560). Proudhon (*usuf.* n. 90) Valette (*Priv. e Ipot.* n. 7.) Zachariae (§ 438, n. 8), Charlemagne (*Encic. del Dritto*, v. anticresi, n. 37), Mourlon (*Comm. crit. e prat.* n. 228).

(2) *Ved.* Cass. 31 marzo 1851. *Ved.* pure Caen 12 febb. 1855.

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

gli fossero dovute da terzi, talmente che questo creditore possa, senza essere investito mercè un trasferimento regolare ed lotimato, esercitare,sulle somme che gli sono state così delegate, un dritto di preferenza a fronte degli altri creditori. (1).

Non pertanto la definizione del nostro articolo non convie ne a tutti i privilegi, di cui gli art. 2101 e segg. fanno la enumerazione; ed in ciò primamente la definizione è incompleta. Infatti a niun autore è sfuggito, e tutti àn fatto notare che in particolare il privilegio risultante dalla espressa costituzione di pegno (art. 2102, 2.) è indipendente dalla *qualità* del credito, e che a differenza di tutti gli altri ha la sua causa ed il suo principio nella convenzione delle parti, le quali possono stipulare la costituzione di pegno ad occasione di tutti i crediti quali che sieno. Perciò il Domat (*loc.cit.*al preambolo della sez. 5.) fedele alla sua dottrina, non pone nel numero dei privilegi la preferenza che ha il creditore sui mobili a lui dati in pegno e che sono in suo potere; chè,dic'egli,siffatta preferenza non è fondata sulla qualità del credito, ma sulla sicurezza che il creditore à preso, impadronendosi del pegno. Taluni autori fanno ancora la distinzione sotto la nostra attuale legislazione, ed il Persil (2) segnatamente dice che, in tal caso, *men come privilegiato che in forza del dritto di ritenzione* il creditore si fa pagare in preferenza degli altri. Ma v' è qui un testo preciso, il quale alloga il pegno fra privilegi: tutto ciò che si può dire si è che questo privilegio si distingue da tutti gli altri in quanto alla causa, e riman con ciò fuori la difinizione del privilegio quale è data dalla legge.

II.—25. Sotto il secondo rapporto si vede che la legge accorda ai creditori privilegiati un dritto di preferenza sugli altri creditori, chirografarii o ipotecarii, ed anche sui creditori che àn pure un privilegio, ma la cui causa è men favorevole, il tutto astrazion fatta dalla data del credito; ed è altresì un altro lato mercè il quale il privilegio si distingue dalla ipoteca,relativamente alla quale la priorità del rango è determinata dalla priorità del tempo. Ma qui ancora son da notare taluni punti.

L'attuale legge differisce profondamente dal dritto romano. Non è già che nel dritto romano, il dritto dei privilegiati *tra loro* sia stato regolato in ragione della data dei crediti. Si è veduto al contrario dal testo qui sopra riprodotto della legge 32, ff. *de Reb. auct. jud. possid.* che la priorità era determinata dalla *qualità* o *dalla causa* del credito. Ma salvo taluni casi eccezionali, come quello in cui il prestatore dei denari per pagare un beno otteneva, mercè la convenzione, che al suo privilegio fosse aggiunta la garentia speciale di una ipoteca, (l. 7. C. *qui pot. in pign.*) e taluni altri casi ancora (l. 5 e 6, ff. *qui pot. in pign.*), il privilegio in dritto romano non dava luogo all' azione personale; donde seguiva che i creditori privilegiati primeggiavano soltanto i chirografarii, ma rispetto ai creditori ipotecarii che avevano un dritto reale, essi erano in ugual linea coi debitori chirografarii anche anteriori; avevan senza dubbio, secondo la espressione del Cujacio,il *privilegium causae*, come questi ultimi avevano il *privilegium temporis*; ma entrambi avevano *debitorem personali tantum causa obligatum*; ed a questo titolo lo cedevano ai creditori ipotecarii, «optima ratione, aggiunge il Cajacio, quia hypotecarii creditores habent hypotecariam actionem, *quae est actio in rem*, in quam ut ait regula joris *plus est cautionis, id est plus securitatis, ponderis et virium quam in personam*»(*Recit.solem.* ad tit. XVII, lib. VIII, C. ad leg. 7, *licct.*) In ciò l'attuale legge differisce dal dritto romano: il nostro articolo ci dice infatti che il dritto risultante dal privilegio prevale su quello degli altri creditori, anche ipotecarii, vale a dire che nell'unico caso in cui il privilegio può trovarsi in conflitto con la ipoteca, quello in cui si tratterà d' immobili, poichè i mobili non sono suscettivi d'ipoteca(terzo lato mercè il quale il privilegio differisce dalla ipoteca),questa deve cedere il posto a quello.

Con ciò il nostro articolo mostra che il privilegio è costitutivo di un dritto *reale* che affetta la cosa; e sotto questo punto di vista potrebbesi ad esso articolo rimproverare di essere ancora incompleto, in quanto che trattando degli effetti dei privilegi,parla esclusivamente dei creditori, e può così dare a credere che il privilegio non è opponibile al terzo acquirente. Ma vien supplito all'insufficienza del testo sotto tal rapporto mercè altre disposizioni della legge. Da una banda, se i privilegi che di qui trattasi ànno il considerevole effetto di vincerla anche sulle ipoteche, si è perchè essi stessi costituiscono delle *ipoteche privilegiate*, e ciò risulta dall'art. 2113, il quale vuole che, nei casi in cui non si sono osservate le forme prescritte per la conservazione dei privilegi, il credito resta nonpertanto ipotecario, il che già indica che il privilegio in sè stesso ha al pari della ipoteca l' effetto di che qui parliamo, e da un'altra banda ciò è formalmente espresso dall'art. 2166 il quale, dicendo che i creditori aventi *privilegio o ipoteca* iscritta su

(1) Corte di Cass. 18 magg. 1831, 12 dicembre 1831 e 3 agosto 1837.

(2) *Regime Ipotecario*, sull'art. 2095, n. 1.

di un immobile lo seguono in qualunque mano passi, ben annunzia positivamente che il privilegio, al pari della ipoteca, è opponibile ai terzi acquirenti del bene che ne è gravato.

III.—26. Ci rimane ora a far osservare che se il privilegio, come dice il nostro articolo, prevale sull'ipoteca, ciò non deve prendersi in un senso troppo assoluto. E di fermo questa regola non è senza eccezione. La legge del 5 settembre 1807 ne stabilisce talune (sulle quali insisteremo nel comento dell'art. 2098) per rapporto al privilegio che appartiene al Tesoro pubblico, vuoi a ragione della gestione dei contabili sui beni ch'essi acquistano a titolo oneroso, vuoi sugli immobili di un condannato a causa delle spese giudiziarie. — Soggiungiamo col Duranton, che ne ha fatto la giustissima osservazione, che i privilegi generali debbono fare ammettere un'altra eccezione in tutti i casi in cui la ipoteca, con la quale il privilegio viene in concorso, già affettava l' immobile del debitore stesso, il cui fatto ha dato origine al privilegio (1); tale è la ipoteca di un precedente proprietario di un immobile per rispetto al privilegio del venditore di tale immobile (*ved.* l' art. 2103); è tale ancora l' ipoteca acquistata per parte del defunto o di un precedente proprietario sull'immobile compreso in una divisione, rispetto al privilegio dei condividenti.

2096—2097.—27. Questi articoli, come abbiam detto più sopra, regolano l'ordine dei crediti privilegiati tra loro; ma gli è aperto che i nostri sviluppi, su tal subbietto sì complicato del concorso e della classifica dei privilegi, sarebbero difficilmente compresi se non fossero preceduti dalla enumerazione dei privilegi. L'ordine logico delle idee ci obbliga dunque a rinviare il comento di questi articoli, che allogheremo alla fine della terza sezione.

2098 [*soppresso*]. Il privilegio dipendente dai diritti del tesoro reale ed il grado in cui può esercitarsi, sono regolati dalle leggi che riguardano tali diritti.

Ciò non ostante il tesoro reale non può ottenere alcun privilegio in pregiudizio dei diritti antecedentemente acquistati da'terzi.

SOMMARIO.

I. La mobilità delle leggi fiscali giustifica i redattori del Codice di aver rinviato alle leggi che regolano i privilegi del Tesoro pubblico invece di introdurre le disposizioni di queste leggi nel Codice.

II. Ma era utile di fermar qui il principio, comune a tutte, che il Tesoro non può in alcun caso ottenere un privilegio in pregiudizio di dritti acquistati.—Senso e limiti di tale principio.

III. *Privilegio delle dogane*. La legge che l' ha costituito non è abrogata dalle leggi ulteriori, almeno in quanto concerne i debitori. — Si estende ai garanti solidali di essi, ed affetta la generalità dei mobili ed effetti mobiliari, vale a dire gli oggetti sui quali la regia non ha nulla a percepire, del pari che quelli pei quali son dovuti i dritti. — La dogana è preferita a *tutti gli altri creditori*, salve le eccezioni stabilite dalla legge speciale. — Ma essa può essere privata del suo privilegio in seguito di fatti implicanti rinunzia dal canto suo.—Giurisprudenza.

IV. *Privilegio della regia del registro pei dritti dovuti ad occasione delle mutazioni per causa di morte.* — Questo principio è l'opera della giurisprudenza, ma è senza base nella legge: non potrebbe dunque essere ammesso: rinvio.

V. *Privilegio della regia delle contribuzioni indirette.*— Questo privilegio è del tutto conforme a quello della dogana, e al par di quello non è stato abrogato dalle leggi ulteriori, relativamente ai debitori — Sussiste dunque a loro riguardo, e deve esercitarsi nelle condizioni determinate: sviluppi.

VI. *Privilegio del Tesoro sui beni dei contabili.*—Legge del 5 settembre 1807, sua origine e motivi. Non son soggetti al privilegio se non coloro che ànno il maneggio dei denari del Tesoro; ma tutti coloro che ànno un tal maneggio vi sono astretti, tutto che non sieno menzionati nella legge e non sieno giudicabili dalla Corte dei Conti. — Il privilegio ha luogo, 1.° sui fondi della cauzione: rinvio; 2.° sui mobili; esso è generale: sviluppi; 3.° sugl'immobili, ma è limitato, e non si applica che agl'immobili acquistati a titolo oneroso dopo la nomina del contabile, vuoi da lui, vuoi da sua moglie anche separata di beni: sviluppi.

VII. *Privilegio per le spese di giustizia criminale.*—Altra legge del 5 settembre 1807. — Estensione do privilegio: il regresso del Tesoro non è che sussidiario sugl'immobili. — Obbietto del privilegio, non si estende alle ammende, nè a più forte ragione alle indennità dovute alle parti civili. — Rango del privilegio; la legge indica i privilegi che lo primeggiano; è uopo seguirne le indicazioni; controversia in quanto concerne le somme dovute per la difesa personale del condannato, ec.—Conservazione del privilegio, rinvio.

VIII. *Privilegio pel ricupero delle contribuzioni dirette.*—Legge del 12 novembre 1808. Essa statuisce diversamente sulla imposta fondiaria e sulle altre contribuzioni dirette: ma la differenza non è reale che rispetto alle cose su cui può esercitarsi il privilegio; è speciale su taluni mobili a riguardo dell'imposta fondiaria, e generale sui mobili per le altre contribuzioni dirette. In niun caso il privilegio grava gl'immobili del debitore.— Il debito garentito dal privilegio è limitato a quello dell'imposizione dell'annata scaduta e dell'annata corrente. Il privilegio si esercita *pria di ogni altro*, salvo le spese giudiziarie.

IX. *Privilegio per dritti ed ammende in materia di bollo.* E' simile a quello delle contribuzioni dirette. Legge del 28 aprile 1816, rinvio.

X. *Di taluni privilegi che si rannodano all' interesse pubblico.* 1° Privilegio degli operai impiegati dagl' imprenditori di lavori per conto dello Stato: non si estende alla fidejussione dell' aggiudicatario de' lavori pubblici; non ha luogo

(1) *Ved.* t. XIX, n. 26. — *Ved.* Conf. Valette (*Trattato del priv. e ipot.* n. 11), Mourlon (*Esame crit. prat.* n. 29).

a pro degli operai impiegati a' lavori comunali, ha luogo nel caso di lavori dipartimentali.— 2° Privilegio stabilito in favore dei sottraitanti sulle somme dovute a coloro che trattano con lo Stato a causa di forniture fatte al servizio della guerra.—3° Privilegio in favore di coloro che an fornito fondi per la ricerca di una miniera e del concessionario a spese del quale si è operato il diseccamento di uno stagno.

I.—28. I privilegi attribuiti al tesoro pubblico pel ricupero delle diverse specie d'imposizioni sono regolati da leggi speciali, alle quali rimanda il nostro articolo. Nei lavori preparatorii fatti nel 1841, in vista della riforma allora progettata del regime ipotecario, talune Corti emisero il voto che tutte queste leggi fossero introdotte nel Codice Napoleone (Ved. segnatamente le osservazioni delle Corti di Grenoble e di Mompellieri). Probabilmente questo voto non sarebbe stato soddisfatto, e se i progetti di riforme si fossero attuati, i riformatori avrebbero su questo punto imitata la prudente riserva de'redattori del Codice. Le leggi fiscali ànno un carattere loro proprio. Le disposizioni ne possono essere frequentemente modificate, ricevendo la influenza di svariate circostanze. Gli è dunque e sarà sempre conveniente di lasciarle fuori di un Codice, il cui carattere debb'essere, per quanto è possibile, la permanenza e la immutabilità. Ma se la legge può procedere come ha fatto, mercè un semplice rinvio, ciò non vuol dire che il comentatore debbe procedere alla guisa stessa. Noi dunque percorreremo le diverse leggi relative ai privilegi del Tesoro per esaminare almeno le principali difficoltà che esse àn fatto insorgere.

II. — 29. Non pertanto ci arresteremo sulle prime ad una regola che le domina tutte, e che per tal motivo lo stesso nostro articolo ha creduto necessario di formolare. È l'obbietto del 2 §, giusta il quale il Tesoro pubblico non può in alcun caso ottenere privilegi in pregiudizio de' dritti anteriormente acquistati da' terzi. Epperò un diritto qualsecheasia, acquistato da terzi pria della promulgazione di una legge che organizza un privilegio in favore del Tesoro, non può ricevere alcuna ferita dalla promulgazione di tale legge. Il contrario avrebbe fatto avere alla legge un effetto retroattivo ed allontanarla in questo punto dalla regola di non retroattività fermata nell'art. 2 del Codice. Lungi da ciò, il legislatore ha voluto fare un'applicazione di siffatta regola, e ciò dice il § 2 dell' articolo 2098; ma non dice altro. È dunque mestieri ben guardarsi dal conchiuderne che appunto perchè il Tesoro troverebbesi a fronte di creditori in possesso di dritti più antichi di quelli che attingerebbe egli stesso in una legge costitutiva di un privilegio in suo favore, più non avrebbe ad invocare il beneficio di siffatta legge. Non potremmo spingerci sì oltre senza distruggere la essenza stessa del privilegio, senza supporre che, a fronte del Tesoro, il privilegio più non è quel dritto che si misura col favor della causa, ma che è al contrario, come l'ipoteca un dritto nel quale la preferenza si regola mercè la priorità del tempo. Or il nostro articolo nulla dice di simile, non contiene una parola da cui si possa indurre siffatta derogazione ad un principio fondamentale in materia di privilegio. Il Tribunale della Senna non pertanto vi si è ingannato, e con sentenza del 28 marzo 1838 ha negato al Tesoro il privilegio *stabilito dalla legge del 5 settembre* 1807, pel ricupero delle spese giudiziarie in materia repressiva sotto pretesto che il condannato *essendo dichiarato fallimento nel* 1831, cinque anni prima della sua condanna, eravi stata, mercè l'apertura del fallimento, un dritto acquistato alla massa, dritto che il privilegio del Tesoro non poteva oppugnare ai termini del nostro articolo. Ma tale sentenza è stata giustamente cassata (1).

Ecco ora le leggi costitutive di un privilegio in favore del Tesoro, ponendole nel loro ordine cronologico.

III. — 30. *Privilegio delle dogane.* — La legge del 6-22 agosto 1791 per la esecuzione della tariffa dei diritti di entrata ed uscita nelle relazioni del Regno con l'estero accorda alla regia, con l'art. 22 del tit. XIII «privilegio e preferenza a tutti i creditori sui mobili ed effetti mobili dei contabili per le somme che debbono, e su quelli de' debitori pei dritti, ad eccezione delle spese giudiziarie ed altre privilegiate, di ciò che sarà dovuto per sei mesi solamente di pigione, e salva pure la revindica debitamente istituita dai proprietarii, delle mercanzie in natura che ancor saranno sotto balla o corda ». Lo stesso articolo aggiunge che « simile privilegio si eserciterà su gli immobili acquistati dai contabili sin dal cominciar della loro gestione ». Indi un'altra legge del 4 germile anno 2, confermativa della precedente, dice in modo più generale ed assoluto, nel suo articolo 4 del tit. VI che « lo Stato è preferito a tutti i creditori per dritti, confische, ammende e restituzioni e con arresto personale ».

(1) C. di Parigi 4 marzo 1839. — Ved. pure Cass. 6 giug. 1809, e il Troplong, (Priv. e Ipot.) t. I. n. 90.

31. Dei due privilegi organizzati da questi testi, l'uno sui beni dei debitori, l'altro su quelli dei contabili, quest' ultimo è stato modificato da una legge ulteriore (5 sett. 1807), di cui or ora ci occuperemo. Si è anzi preteso che questi testi sono stati abrogati non solo per rapporto a siffatto privilegio, ma ancora in quanto concerne quello consacrato in favor del Tesoro sugli effetti mobili dei debitori. Ma più non si insiste su questa idea che era evidentemente erronea (1). (*Ved infra*, n. 36). Arrogi che il privilegio della dogana, la cui esistenza era stata già riconosciuta con una lettera del gran giudice in data del 4 maggio 1810, è stato formalmente confermato dalla legge delle finanze del 28 aprile 1816, il privilegio gravita dunque incontestabilmente sui creditori, anzi si ammette che esso si estende ai garanti solidali dei debitori (2). E di fermo, essendo il garante solidale tenuto, secondo i principii del dritto comune, alle stesse obbligazioni del principale obbligato, ne segue che il garante di un debitore divien così egli stesso debitore e rientra quindi nei termini delle leggi costitutive del privilegio. Del resto è uopo riconoscere che la garenzia del Tesoro sarebbe sovente nulla o a un di presso, se non si affettasse al privilegio il mobiliare del garante e al tempo stesso quello del principale obbligato, chè in molte circostanze, costui non è che un semplice consegnatario il quale agisce per un terzo, il cui domicilio può essere all' Estero, o un agente di trasporti il quale per allontanarsi non attenda che di aver la merce a sua disposizione.

32. Giusta i termini della legge il privilegio della dogana à il carattere fondamentale, di affettare la generalità dei mobili ed effetti mobiliari dei debitori. Si è quistionato non pertanto che siffatto privilegio doveva restringersi alle sole mercanzie passibili della imposizione; ed in una specie in cui trattavasi di distribuire il prezzo di una nave sequestrata, del carico di essa e del nolo, si è sostenuto che l'amministrazione delle dogane non poteva essere collocata in ragione di dritti dovuti dal proprietario del naviglio per mercanzie arrivate precedentemente e su di altra nave. Come di ragione, la pretesa è stata respinta (3). E di fermo oltre che sarebbe inconciliabile col regime degli emporii e col credito dei dritti, essa è in opposizione coi termini generali della legge la quale, affettando i mobili ed effetti mobiliari, abbraccia necessariamente e gli oggetti pei quali son dovuti dei dritti alla regia, e quelli pei quali la regia non ha nulla a percepire.

33. La dogana, secondo l'espressione della legge del 4 germile anno 2, è preferita *a tutti gli altri creditori* a causa del suo privilegio. Ma siffatta legge non ha abrogato quella del 22 agosto 1791 e conseguentemente è uopo fare alla regola le eccezioni stabilite da quest' ultima legge. Così, il privilegio della dogana è primeggiato dalle spese giudiziarie *ed altre privilegiate*, vale a dire come spiega il Troplong, n. 34 (e salvo ancora quanto diremo parlando del privilegio delle contribuzioni dirette, *infra*, n. 53), dalle spese funerarie, da quelle di ultima malattia, dagli stipendii dei servitori e dalle forniture di sussistenza; è primeggiato altresì dai pigioni di sei mesi, e da ultimo dal privilegio del venditore che revindica le mercanzie in natura. Ma è uopo inoltre dire che l'amministrazione delle dogane perde il suo privilegio o s'interdice di esercitarlo, allorchè faccia o lasci fare degli atti, da cui si possa indurre la rinunzia ai suoi dritti. P. es. delle mercanzie poste in deposito sono vendute da colui che le aveva depositate, e la vendita è accompagnata da traslocamento, da apposizione di nuove marche, in somma da tutto ciò che può renderne visibile il consumo, e ciò in presenza di impiegati e senza alcun reclamo dal canto loro, gli è aperto che la regia più non può esercitare il suo privilegio su queste mercanzie, in ragione di quanto le era personalmente dovuto dall' antico proprietario (4). Son questi degl'indizii di una vera rinunzia. Ma come ben s'intende, in ciò tutto dipende dalle circostanze, e se i fatti non fossero abbastanza significativi nel senso di una rinunzia, il privilegio non avrebbe cessato di restare annesso al credito della regia. Appunto perciò la parziale consegna di mercanzie si è considerata come quella che non implica sufficiente rinunzia da parte della regia al suo dritto di farsi pagare con privilegio di quanto le era dovuto sulla porzione delle mercanzie non consegnate e rimaste tuttora nei suoi magazzini (5).

IV. — 34. *Privilegio della regia del registro pei dritti dovuti per le mutazioni a causa di morte.* — Questo privilegio al quale si è dato in una circostanza recente il carattere di un dritto di prelevamento, è esclusivamente l'opera della giurisprudenza. Al tempo della discussione del Codice Napoleone, ben venne il pensiero di classificarlo nel rango

(1) *Ved.* Cass. 14 magg. 1816, Aix 15 genn. 1825; arresto rilenuto, contro il ricorso di che era oggetto, da arresto di rigetto del 14 dic. 1824.
(2) Rig. 12 dic. 1822. *Ved.* anche Rig. 12 maggio 1829.
(3) *Ved.* l'arresto già citato del 14 dic. 1824. *Ved.* pure Rouen 7 giugno 1817.
(4) Rig. 27 frimaio anno 13.
(5) Cass. 3 dic. 1822.

dei privilegi che si estendono sui mobili e sugl'immobili, ed in fatti le prime redazioni dell'art. 13 del progetto (corrispondenti all'art. 2104 del Codice), dicevano che questi privilegi sono: « 1, 2, 3. il privilegio in favore della regia dei demanii, relativamente ai dritti dovuti per l'apertura delle successioni (1). » Ma la disposizione fu soppressa nella mira di riunire tutti i diritti del Tesoro pubblico in un testo generale che potesse prestarsi a tutte le modifiche. Or ciò non si è fatto, e di più di tutte le leggi posteriori al Codice Napoleone che ân conferito un privilegio al Tesoro, non ve ne è alcuna che gli abbia dato questa garenzia per l'oggetto di cui qui trattasi. Si era dunque fondati a pensare, che, nell'attuale stato della legislazione, la regia non ha dritto a pretenderla(2). Ma la giurisprudenza ha deciso altrimenti. La Corte di Cassazione ha giudicato con un primo arresto, seguito ben presto da altri due (3), che la regia del registro ha un privilegio pel ricupero dei diritti di mutazione, ed anche che questo privilegio non si limita ai frutti degl'immobili, che si estende alla totalità dei valori mobiliari ed altresì, quando la regia ha preso inscrizione, agl'immobili dopo il pagamento dei crediti inscritti anteriormente. È poscia, se talune decisioni attenendosi alla verità dei principii àn respinta siffatta dottrina (4), è vero dire non pertanto che il più gran numero seguono l'impulso dato dalla Corte regolatrice ed ammettono in favor della regia un privilegio più o meno esteso, talune esprimendo che esso abbraccia con le rendite gli altri beni della successione, tal' altre che non debbe andar oltre le rendite degli immobili (5); altre più larghe di tutte dichiarando che il dritto della regia si esercita non già a titolo di *privilegio*, ma piuttosto a titolo di *prelevamento* su tutti i beni della successione (6). E in dottrina tutte queste opinioni hanno i loro partigiani (7).

A nostro modo di vedere, tutti questi sistemi sono ugualmente inammessibili e non avrebbero al certo avuto l'occasione di prodursi, se la legge consacrasse realmente in favore della regia il privilegio, sulla supposizione del quale son fondate tutte queste teorie. E di fermo la legge non avrebbe potuto mancar di essere precisa, perchè si fosse almen di accordo su quanto concerne i beni affetti a quel privilegio che essa avrebbe ereato. Di qui desumiamo una prima obbiezione contro l'esistenza del privilegio; ne attingeremo un'altra nella origine che gli si assegna. Notiamo infatti che coloro che l'ammettono o lo suppongono, il fanno derivare dalla legge fondamentale sul registro del 22 frimaio anno 7. Or quale probabilità evvi che siffatta legge sia realmente il principio del privilegio, quando si sa che cinque anni circa dalla data di essa i redattori del Codice proponevano d'inscrivere nel rango dei privilegi che si estendono ai mobili ed agl'immobili quello della regia dei demanii relativamente ai dritti dovuti per le aperture delle successioni. Evidentemente, se il privilegio della regia fosse già stato stabilito dalla legge dall'anno 7, i redattori del Codice non avrebbero avuto nell' anno 12 il pensiero di stabilirlo di bel nuovo. E che si prenda ora, in questa legge di frimaio, il testo stesso da cui risulterebbe il privilegio, e si vedrà s'è possibile di dargli siffatto significato. Questo testo sarebbe quello dell'art. 32, non già di tale articolo isolato, chè esso non parla in modo alcuno nè di privilegio nè di preferenza, ma dell'art. 32 ravvicinato con l'art. 15, nel quale si vede che il dritto è stabilito sul valore dei beni da dichiararsi, senza distrazione di oneri. Ma in che cosa questo articolo ravvicinato con l'art. 15, mercè il quale la legge accorda alla regia ad un tempo un'azione personale, solidale contro i coeredi ed un'azione sulla rendita dei beni a dichiarare, fa sorgere la idea di un privilegio? Noi non sapremo vederlo. La legge in tutto ciò si occupa di due oggetti che non ànno evidentemente la menoma correlazione con la idea che l'azione della regia fosse privilegiata; l'uno in fatti è di fissare il valore su cui debb'essere calcolato il dritto, e di qui è davvero impossibile dedurre

(1) Fenet (t. XV, p. 30).

(2) Tale è l'avviso del Tarrible, (Rep. del Merlin, v. Privilegio, sez. 2, § 2, n. 7). e del Dalloz (Rep. 1 ediz. v. Registro, cap. 1, seg. 13, n. 29), Toullier (t. VII, p. 162), Championnière e Rigaud (n. 3887) e Mourlon (loc. cit. p. 55 e segg.); è altresì lo avviso da noi espresso nel *supplemento* al trattato dei dritti di registro, n. 547 e segg. *Ved.* inoltre la nuova ediz. del Rep. del Dalloz, v. Registro, n. 5177 e segg. *Vide* pure una dissertazione del Demante, nel giornale *il Dritto* del 4 aprile 1855 e nella *Rivista critica*, t. VI, p. 215 e segg.

(3) Vedi Cass. 3 dic. 1839, 1° aprile 1846 e Rig. 28 luglio 1851.

(4) Ved. segnatamente un arresto di Digione del 5 feb. 1848, due arresti di Amiens del di 11 giugno 1853 e 18 nov. 1854, ed una sentenza del tribunale di Caen del 24 dic. 1840.

(5) Ved. Rouen 18 ag. 1846; Bordeaux 13 feb. 1849, Trib. di Mantes 30 luglio 1841; di Castel-Sarrazin, 31 luglio 1854 — *Junge*; Limoges 18 giugno 1808; Parigi 25 magg. 1853.

(6) Ved. due arresti della Corte di Parigi in data 13 marzo 1855.

(7) La prima opinione è insegnata dal Persil, sull'art. 2098, n. 24, dal Grenier (t. II, n. 418), e dal Favard (v. Privilegio sez. 2. § 2), la seconda è sostenuta dal primo presidente Troplong (t. 1, n. 97) e la terza fu presentata dal 1° Avvocato generale de Labaume, innanzi la Corte di Parigi, all'epoca degli arresti citati nella nota precedente.

alcun privilegio in favore del Fisco rispetto agli altri creditori della successione; l'altra è di creare un obbligo solidale a carico dei *coeredi*, determinando la cosa su cui dovrà cadere l'azione della regia, il che è anche più lontano dal pensiero di un privilegio, poichè per essenza il privilegio si esercita tra *creditori*. Non insisteremo più oltre. Abbiamo sì ben sviluppate altrove queste idee con altre ancora che vengono in appeggio della stessa dottrina (1). Noi vi rimandiamo il lettore, persistendo in questa opinione, cui un novello esame ha pienamente confermata.

V.—35. *Privilegio della regia delle contribuzioni indirette.*—Le contribuzioni indirette hanno, per effetto del decreto del 1.° germile anno 13 concernente i dritti riuniti ecc., un privilegio simile a quello delle dogane: l'art. 47 di questo decreto è infatti la riproduzione dell'art. 22, tit. XIII della legge del 6-22 agosto 1791, di cui abbiam dato il testo (*Ved.* n. 30). Epperò questo articolo ha creato a pro del Tesoro sui mobili ed effetti imobili di due distinte classi di debitori, quella dei contabili pei loro incassi e quella dei debitori pei dritti da essi dovuti, un privilegio il cui esercizio debbe aver luogo in preferenza ad ogni altro credito, ad eccezione delle spese giudiziarie, di quanto è dovuto per sei mesi di pigione soltanto, e salvo pure la revindica debitamente istituita dai proprietarii di mercanzie in natura, che fossero ancora sotto balla o corda.

36. È uopo altresì qui rammentare che dei due privilegi organizzati da questo articolo, quello che grava i mobili dei *contabili* è stato sol modificato dalla legge del 5 settembre 1807 di cui prendiamo a parlare, e che nulla avendo detto questa legge pei debitori, ne segue che il privilegio sussiste a lor riguardo (n. 31). La Corte di cassazione vi si era dapprima ingannata, e con un primo arresto (2) aveva deciso che la precitata legge del 5 settembre 1807 à abrogato, ritornando al dritto comune, la eccezione che limita l'esercizio del privilegio del proprietario, rispetto alla amministrazione delle contribuzioni indirette, a sei mesi di pigione, ed in conseguenza che, in una distribuzione per contributo, il proprietario può reclamare un privilegio pria del Tesoro per la totalità dei suoi pigioni scaduti, non già per sei mesi soltanto. Ma a quanto sembra, questo arresto è stato il risultato di una sorpresa o di un malinteso (3), e la Corte di Cassazione non ha tardato ad abbandonare la sua primitiva dottrina ed a riconoscere con numerosi arresti che il dritto comune non fa qui ostacolo a disposizioni eccezionali, con le quali al contrario debbesi combinare, e che la legge del 5 settembre 1807, la quale statuisce sol rispetto ai contabili per dire che il privilegio accordato sui loro beni non si esercita non pertanto se non dopo i privilegiati degli art. 2101 e 2102, non ha potuto ferire che la parte del decreto del 1. germile anno 13 concernente i *contabili*, lasciando in tutto il suo vigore quella che si applica ai debitori di cui non fa cenno (4).

37. Adunque rispetto a questi ultimi il privilegio delle contribuzioni indirette sussiste come è stato stabilito dall'art. 47 del decreto del 1. germile anno 13, e dovrà quindi esercitarsi nelle condizioni determinate dal decreto e secondo le regole già esposte ad occasione del privilegio delle dogane (n. 31 e segg.). Così il privilegio si estenderà ai mobili dei garanti solidali dei debitori (5), del pari che a quelli degli stessi debitori (n. 31); affetterà la generalità dei mobili ed effetti mobiliari dei debitori (n. 32); e vincerà tutti gli altri crediti, salvo le eccezioni determinate dalla legge (n. 33). Sarà dunque primeggiato in pria dalle spese giudiziarie, indi dal privilegio del proprietario, ma solo in ragione di quanto è a costui dovuto per sei mesi di pigione (6), il che per altro dovrà intendersi delle pigioni attualmente dovute, ed astrazione fatta da quelle che il locatario avesse pagato per anticipazione nella sua entrata in godimento (7), e da ultimo non esisterà che salvo il dritto di revindica consacrato in favore dei terzi di buona fede: dritto del resto il quale potrà esercitarsi non solo *sulle mercanzie in natura sotto balla o corda*, come dice l'art. 47 del decreto, ma anche su tutti gli altri oggetti rinvenuti in potere del debitore, e di cui il terzo revindicante stabilisse aver egli la proprietà (8).

VI. — 38. *Privilegio del Tesoro sui beni dei contabili.*—Nei primi anni che seguirono la promulgazione del Codice Napoleone, avvenne che taluni tribunali sconobbero i privilegi che le leggi di tutti i tempi avevano accordato ai pubblici danari, sotto pretesto che questo Codice, rivocando le leggi anteriori,

(1) Ved. supra la nota (2) pag. 17.

(2) Rig. 27 febb. 1833.

(3) Ved. Troplong (Priv. e Ipot., t. 1, n. 99 alla nota).

(4) Rig. 11 marzo 1833, Caen 28 ag. 1837, 18 febb. 1840; 18 genn. 1841; Rig. 26 genn. 1852.

(5) Cass. 18 genn. 1841.

(6) Senza aggiungervi anche gli accessorii del credito, come le spese fatte dal proprietario per assicurare il pagamento delle pigioni, tranne se avendo avuto per risultato di conservare il pegno di tutti i creditori, queste spese debbano essere collocate in primo grado come spese giudiziarie. Nancy, 13 luglio 1853 (Dalloz, 34, 2, 68).

(7) Cass. 18. febb. 1840; Rig. 26 genn. 1852.

(8) Reg. 19. dic. 1844.

non aveva mica eccettuato quelle fatte in pro del Tesoro. Una circolare del ministro della giustizia (1) fe notare questo stato di cose e se ne dolse, e ben a ragione, chè l'art. 2098 dicendo che il privilegio pei dritti del Tesoro pubblico e l'ordine nel quale si esercita sono regolati dalle leggi che li concernono, annunziava nel modo più esplicito e più netto che tali leggi sussistevano in tutto il loro vigore. Non pertanto i tribunali persistendo nella loro resistenza, sembrò necessario di rendere il loro potere ai principii stabiliti a tal riguardo dalle leggi anteriori al Codice Napoleone. Di qui la legge del 5 settembre 1807, la quale ispirandosi agli antichi monumenti legislativi (Editto di agosto 1669, dich. dell'11 sett. 1673, 4 nov. 1680, 27 genn. 1685, 5 lug. 1689, 2 ott. 1691, 4 giug. 1737, 18 marzo 1738 e genn. 1782) ha organizzato il privilegio del Tesoro pubblico sui beni dei contabili. In seguito un avviso del Consiglio di Stato, approvato il 25 febb. 1808 à esteso il privilegio consacrato da tale legge al Tesoro della Corona per questi motivi: « che le spese necessario per la rappresentanza della Sovranità sono spese pubbliche, sempre a peso del Tesoro pubblico, vuoi direttamente, vuoi indirettamente; che quindi il Tesoro della Corona, propriamente parlando, non è che una frazione del Tesoro pubblico. » Su questi testi si presentano due difficoltà: l'una di sapere quali sono i contabili che la legge ha avuto in mira, l'altra di fissare la misura nella quale i beni dei contabili son gravati dal privilegio.

39. In tesi generale può dirsi che i contabili son coloro che, operando incassi ed effettuando pagamenti, ànno l'amministrazione del danaro del Tesoro (2). In questo senso il Ferrière nell'antico dritto allogava sotto la qualifica di contabili tutti coloro che « amministrano o ànno amministrato i danari pubblici o quelli del Re » (*diz. di prat.*, v. Contabile). Epperò senza difficoltà si allogheranno, fra' contabili, i ricevitori generali dei dipartimenti, i ricevitori speciali di circondario, i pagatori generali e divisionarii, i pagatori di dipartimento, dei porti e delle armate, i tesorieri, i ricevitori e pagatori del Tesoro della Corona. Tutti questi contabili sono in fatti designati specialmente, vuoi nella legge del 5 settembre 1807 (art. 7), vuoi nell'avviso del Consiglio di Stato del 25 febb. 1808. Ma non vi si allogheranno nè i porcettori delle contribuzioni, nè i fornitori delle armate; i primi perchè non sono che semplici collettori, preposti dei ricevitori generali, non aventi giammai conti col Tesoro, obbligati come sono a fare i loro versamenti, man mano che percepiscono (3); gli altri perchè, non ricevendo fondi che a titolo di pagamento e non accettando questi fondi che come pagamento, essi non possono, nè di fatto nè di dritto, essere considerati come aventi l'amministrazione di pubblici danari, anche quando percepissero con anticipazione ad anche al di là di quanto lor fosse legittimamente dovuto (4).

Ma unicamente perchè, vuoi i percettori, vuoi i fornitori delle armate, non ànno l'amministrazione di danari pubblici, noi non li allogliamo fra' *contabili* nel senso della legge del 5 sett. 1807, astretti a questo titolo al privilegio stabilito da siffatta legge; e non già perchè, come sembra supporlo il Troplong (t. II, n. 430 *bis*.) questi agenti non sono compresi nella enumerazione fatta nell'art. 7 della legge del 1807. Noi pensiamo al contrario che tale enumerazione fatta, sotto un punto di vista particolare, quello di prescrivere talune misure atte ad assicurare l'esercizio del privilegio, non è mica esclusiva e non può aver per effetto di esonerare tutti gli altri contabili che, avendo un'amministrazione di pubblici danari trovansi sol perciò nella condizioni da cui deriva il privilegio stabilito dalla legge in favore del Tesoro. Non diremo neppure col Tarrible (5), che il vero *contabile* è quegli che, come tale, va soggetto alla giurisdizione del tribunale stabilito pel rendimento dei conti. Giudicabile o pur no dalla Corte dei conti colui che è incaricato di un'amministrazione qualunque di danari pubblici è necessariamente *contabile* nel senso della nostra legge. E questa dottrina è stata recentemente consacrata dalla Corte di cassazione, la quale ha ravvisato in un agente contabile degli edificii civili in Algeria un contabile nel senso delle disposizioni costitutive di un privilegio a pro del Tesoro pubblico, tutto che un tal agente non figuri fra i contabili designati nell'art. 7 della legge del 1807, e non sia direttamente sottoposto alla Corte dei Conti (6).

40. Il privilegio del Tesoro pubblico ha luogo su tutti i beni mobili dei contabili, sui fondi di cauzione e su taluni immobili (L.

(1) *Ved.* Circolare min. del 26 febb. 1807 (Sirey, t. VIII, parte 2, p. 31).

(2) Grenier (t. 1, p. 626 e segg.), Tarrible (*Rep.* del *Merlin*, v. Ipoteca, sez. 2, § 3, art 4, n. 4), Persil (sull'art. 2121, n. 45), Duranton (t. XIX, n. 323), Troplong (n. 430).

(3) Ved Colmar, 10 giugno 1820.

(4) *Ved.* Rig. 3 marzo 1813, Ved. ancora Parigi 4 febb. 1854, il ricorso è stato rigettato con arresto del 19 febb. 1856 (Dalloz 55, 2, 49).

(5) *Rep.* del *Merlin* v. Ipoteca, sez. 2. § 3. art. 4, n. 1.

(6) Rig. 5 marzo 1855 (Dalloz, 55, 1, 251).

(7) Conf. Persil, sull'art. 2098, Duranton (t. XIX, n. 231);

5 sett. 1807, art. 3 e 4). In quanto concerne la cauzione, converrà occuparcene ad occasione della regola fermata nel n. 7 dell'art. 2102, (*Ved. infra* al comentario di tale articolo). Ma dobbiam qui insistere e distintamente sui mobili e sugl'immobili.

41. Ed in pria in quanto ai mobili, il privilegio che li affetta in pro del Tesoro pubblico è generale oltre ogni dire. Esso è primeggiato da altri privilegi, chè la legge speciale li colloca dopo i privilegi generali e particolari enunciati agli art. 2101 e 2102, Cod. Nap. (L. 5 sett. 1807, art. 2). Ma in quanto concerne la sua estensione, esso è completo per quanto è possibile sui mobili: la legge dice in fatti col suo art. 2, che ha luogo *su tutti i beni mobili dei contabili*. Essa vuole in oltre con lo stesso articolo che il privilegio abbia luogo, *anche rispetto alle mogli separate di beni*, pei mobili rinvenuti nelle *case di abitazione del marito*, a meno che non giustifichino legalmente che i detti mobili son loro ricaduti per parte propria, o che i danari impiegati all'acquisto, loro appartenevano. In tutto ciò nonpertanto conviene apportare una giusta misura, e fa mestieri non dare nè troppo, nè poco alla interpretazione della legge. Così, da una banda il privilegio ha luogo, anche riguardo alla moglie separata di beni, pei mobili rinvenuti nelle *case di abitazione del marito*. Di qui conchiudiamo che il privilegio non avrebbe luogo pei mobili che la moglie avesse comprati in suo nome, salvo in tal caso all' amministrazione a far cadere la presunzione di proprietà che milita in favor della moglie e fa ostacolo all'esercizio del privilegio del Tesoro. Ma non ne conchiudiamo che l' *abitazione del marito* debbasi intendere esclusivamente la casa che realmente abita. Epperò, se tale casa appartiene alla moglie separata di beni, o si è locata in nome di lei, il marito non l' abita in fatto, ma à il dritto di abitarla; ciò basta; e se rinvengonsi mobili in questa casa, il Tesoro vi potrà esercitare il suo privilegio, non meno che su quelli che si trovassero nella casa realmente abitata dal contabile. Per altro, nel merito, ciò emerge dal testo stesso della legge; non senza ragione, statuendo come ha fatto, à parlato in plurale di *case* di abitazione del marito. — Da altra banda il privilegio non à luogo, anche rispetto alla *moglie separata di beni* che sotto la riserva in favore di costei di provare legalmente che i mobili le appartengono. Noi non ne conchiudiamo esser d' uopo necessariamente che la moglie sia separata di beni, perchè sia ammessa a godere della riserva fatta dalla legge, vale a dire a provare la sua proprietà. Senza dubbio la moglie non separata perverrà più difficilmente di quella separata a far la pruova relativamente a mobili che trovansi confusi con quelli di suo marito, ed appunto perciò la legge non ha parlato che della moglie separata. Ma da ultimo, potrà ella forse fare siffatta pruova, e gli è aperto che la legge non ha voluto interdirlo anche il tentarlo (1).

42. Riguardo agl'immobili, il privilegio del Tesoro è ben longi dall'essere generale come rispetto ai mobili. Esso è limitato: 1° agl'immobili acquistati a titolo oneroso dai contabili *posteriormente alla loro nomina*; 2° a quelli acquistati allo stesso titolo, e dopo tale nomina, dalla loro moglie anche separata di beni, eccetto nonpertanto gli acquisti a titolo oneroso fatti dalla moglie, allorchè sarà legalmente giustificato che i danari impiegati allo acquisto a lei si appartenevano, (art. 4). Così gl'immobili che appartenevano al contabile pria della sua nomina sono esenti dal privilegio; il Tesoro non ha su di essi che una ipoteca legale nei termini degli art. 2121 e 2134, (Ved. il comento di questi articoli e l' art. 6 della legge del 5 settembre 1807). — Per altro il privilegio stesso, qual' è stabilito dalla legge, si conserva coi mezzi indicati agli art. 2106-2113 (il che spiegheremo nel comentare detti articoli); ed in niun caso può pregiudicare: 1° i creditori designati nell'art. 2103 del Codice Napoleone, allorchè ànno adempiute le condizioni volute per ottenere privilegio; 2. ai creditori designati negli art. 2101, 2104 o 2105, nel caso preveduto dall' ultimo di questi articoli; 3° ai creditori del precedente proprietario che avessero, sui beni acquistati, delle ipoteche legali, indipendentemente dalla inscrizione, o tutt'altra ipoteca validamente inscritta (art. 5).

Tal' è la legge, e qui ancora fa mestieri non dare troppa latitudine nè troppo poco alla interpretazione.

Così, gl'immobili gravati dal privilegio son quelli acquistati *a titolo oneroso*, perchè la legge suppone che sieno stati, o che abbian potuto essere stati acquistati coi danari dello Stato. Il privilegio adunque non graviterà sull' immobile acquistato o titolo gratuito, o provveniente da una permuta fatta senza pareggiamento a peso del contabile; ma al contrario graviterà sugl' immobili, i quali procedessero da una liberalità con oneri, se questi son tali da potersi considerare come constitutivi di un prezzo (2).

(1) Conf. Persil (*loc. cit.*), Dalloz (v° *Priv. e Ipot.*, cap. 1, sez. 2, art. 3, n. 6).

(2) Rig. 5 marzo 1835.

Così ancora, il privilegio colpisce non solo l'immobile acquistato dallo stesso contabile, nelle condizioni determinate, ma altresì quello che sua moglie anche separata di beni avesso potuto acquistare; la moglie è in ciò agli occhi della legge una persona interposta, e siccome la legge suppone che l'acquisto, fatto in apparenza dalla moglie, è in realtà per suo marito, vuole, salvo la pruova contraria riserbata alla moglie, che l'immobile acquistato rimanga gravato del privilegio.

La legge non parla che della moglie. Adunque la presunzione non potrà opporsi che a lei, e se un immobile fosse stato acquistato da tutt' altro, dal figlio del contabile, p. es., da suo padre, da un prossimo parente, il bene acquistato rimarrebbe nelle mani dell'acquirente esente dal privilegio. Ma non pertanto se l'acquirente non è stato che il prestanome del contabile, se in realtà l'immobile è stato acquistato per costui, occorrerà bene che la frode sia svelata e che la legge abbia il suo effetto (1); soltanto, siccome al rovescio del caso precedente, la presunzione qui è in favore dell' acquirente incumberà al Tesoro il peso della pruova e non avrà il suo privilegio sullo immobile acquistato che allorquando saranno assodate e la interposizione di persona e la frode.

Così, da ultimo, il privilegio verte soltanto sugl' immobili acquistati dalla *nomina del contabile*; chè gli acquisti anteriori non possono essersi fatti coi danari dello Stato. Il privilegio del Tesoro quindi non si estenderà all'immobile che il contabile avesse pagato dopo la sua nomina, se in fatti lo avesse acquistato pria di essere stato nominato. Chè da una banda la vendita è perfetta tra le parti, dacchè si è convenuto della cosa e del prezzo, e la proprietà è acquistata, tutto che il prezzo non sia si ancor pagato, (Cod. Nap. art. 1583); e da altra banda la presunzione della legge non potrebbesi elevare allo stesso grado contro colui il quale avendo acquistato pria di essere contabile, forse anche pria di sapere che il diverrebbe, ha dovuto contare sulle proprie risorse per soddisfare il prezzo del suo acquisto (2). Ma al contrario il privilegio del Tesoro graverebbe l' immobile acquistato, se l'acquisto stesso fosse avvenuto tra la nomina del contabile e la sua entrata in funzioni, ed il prezzo fosse stato pagato anche pria della entrata in funzioni; tale è a un dipresso la opinione unanime (3); il Mourlon non pertanto vi trova qualche difficoltà, e riprende ben vivamente gli autori per averla ammessa (4). A suo modo di vedere, lo stabilimento del privilegio è subordinato a tre condizioni: l'acquisto a titolo oneroso, l' acquisto posteriore alla nomina e l' acquisto da un contabile. Or, dice egli, se le prime due condizioni quì si attuano, manca la terza, chè il titolo di *contabile* è per essenza subordinato alla percezione dei fondi dello Stato, il che non ha luogo nella specie supposta. Il Mourlon s'inganna, ed a parer nostro è una sottigliezza il separare così il titolo e l'esercizio della funzione. È uopo dire al contrario che il titolo stesso costituisce il funzionario. E siccome una volta nominato, si è notaro anche pria di avere istrumentato; giudice pria di aver giudicato; avvocato pria di aver arringato; patrocinatore pria di aver dato il suo primo avviso o perorata la prima causa; alla guisa stessa, una volta nominato, si è ricevitor generale o distrettuale, anche pria di aver preso possesso. Del resto evvi sì poco intervallo tra la nomina e l' entrata in funzioni, che la presunzione della legge può ben militare contro colui che è nominato e che non gerisce ancora, come milita contro il contabile in esercizio; ed evvi un vero interesse a che essa militi contro di lui, chè chi assicura che colui il quale sceglie il momento in cui è nominato per acquistare, non ha pagato mercè l'aiuto di un impronto fatto nel pensiero di rimborsare con quei fondi dello Stato che ei non percepisce ancora oggidì, ma che è sicuro di percepir domani?

VII. — 43. *Privilegio per le spese di giustizia criminale.* — Un'altra legge resa anche il 5 settembre 1807, e per conseguenza della stessa data della precedente, organizza il modo di ricupero delle spese giudiziarie a pro del Tesoro pubblico, in materia criminale, correzionale e di polizia. Ai termini di questa legge, il Tesoro pubblico ha un privilegio generale sui mobili ed effetti mobiliari del condannato, il quale privilegio non pertanto non si esercita che dopo i privilegi designati negli art. 2101 e 2102 del Codice Napoleone e le somme dovute per la difesa personale del condannato (art. 2); il privilegio verte dappoi sugl'immobili; ma esso non ha luogo che col peso della iscrizione, nei due mesi a datare dalla condanna, scorso il quale termine i diritti del Tesoro non si eserciteranno che in conformità dell'art. 2113 Cod. Nap., e non viene che dopo: 1° i privilegi degli art. 2101 e 2103; 2° le ipoteche legali anteriori al mandato di arresto o alla sentenza di condanna; 3° le altre ipoteche, purchè i crediti anteriori sieno stati inscritti pria del

(1) Limoges, 28 giug. 1808. — Conf. Troplong (n. 92). Persil (art. 2098, n. 6).

(2) Ved. Troplong (*loc. cit.*) — *Junge*, Persil (sull'art. 2098, n. 9), Dalloz, loc. cit.

(3) *Vedi* gli autori citati nella nota precedente.

(4) *Esame crit. e pratico*, n. 45.

privilegio del Tesoro, e risulteranno da atti aventi data certa anteriore al mandato di arresto o alla sentenza; 4° da ultimo le somme dovute per la difesa personale del condannato (art. 3 e 4). Su di che vi son quattro punti a considerare; l'estensione del privilegio, il suo obbietto, il suo rango e la sua conservazione sugl'immobili.

44. — La legge affetta distintamente al privilegio del Tesoro i mobili e gl'immobili del condannato. Ma il regresso del Tesoro sugl'immobili non è che *sussidiario*. I creditori dell'art. 2101, il cui privilegio si estende anche ai mobili ed agl'immobili (art. 2104) non l'esercitano sugl'immobili che sussidiariamente (art. 2105). Ripugnerebbe al certo che il privilegio del Tesoro, men favorito di quello di siffatti creditori, fosse non pertanto trattato più favorevolmente sotto tal rapporto. Del resto si è ben giustamente fatto notare che la intenzione del legislatore si è nettamente manifestata in questo senso nelle discussioni che àn preceduto l'art. 2104 Cod. Nap. (1). Questo articolo in fatti menzionava nella sua primitiva redazione il privilegio del Tesoro pubblico accanto a quello dei crediti dell'art. 2101, come da estendersi ai mobili ed agl'immobili; di tal che quando l'art. 2105 venne dappoi a dichiarare che il regresso non sarebbe che sussidiario sugl'immobili, faceva una dichiarazione comune al privilegio del Tesoro ed a quello dei creditori dell'art. 2101. In verità il privilegio del Tesoro ha cessato di figurare nell'art. 2104; ma il pensiero dei redattori della legge sussiste in tutta la sua forza al punto di vista di che qui trattasi; essendo noto che la cancellazione, del tutto estranea a questo punto di vista, non fu fatta che nella mira di riunire tutti i dritti del Tesoro pubblico in un testo generale (*Ved. supra*, n. 34). Queste idee sembrano essersi messe in contestazione innanzi la Corte di Nancy, ma senza successo, chè la pretesa della amministrazione fu respinta *ad una voce*, secondo l'espressione del Troplong, con arresto del 12 luglio 1834, il quale essendo stato deferito alla Corte di Cassazione è stato seguito da un arresto di rigetto, con cui si è deciso che il privilegio del Tesoro pel ricupero delle spese giudiziarie si esercita al modo stesso che quelli dell'art. 2101; ed in conseguenza il Tesoro non può ricorrere sugl'immobili del debitore che sol quando non abbia trascurato di far valere il suo privilegio sul mobiliare (2).

45. — Il privilegio ha per oggetto, giusta i termini stessi della legge, *le spese giudiziarie* in materia criminale, correzionale e di polizia. Il privilegio è dunque stabilito sol per le spese suddette; e non fa d'uopo estenderlo alle ammende pronunziate contro il condannato. Il credito del Tesoro per tal oggetto sarà garentito da una ipoteca giudiziaria, chè esso è nato da una sentenza, il che lo alloga sotto la regola fermata dall'art. 2123, Cod. Nap. (3). Ma non può esser quistione di privilegio, vuoi sui mobili, vuoi sugl'immobili, poichè le ammende oggidì costituiscono pene, non già spese, e i termini della legge escludono la idea che il privilegio abbia per oggetto altra cosa che le spese (4). A più forte ragione il privilegio non si estenderà alle indennità che possono essere attribuite alle parti civili. Altrimenti sarebbe stato, sotto la legge del 18 germ. anno 7, relativamente al rimborso delle spese giudiziarie in materia criminale, perchè l'art. 5 di questa legge disponeva che siffatte indennità sarebbero prese sui beni dei condannati, *pria delle spese aggiudicate alla Repubblica*. Ma tale legge è stata abrogata in questo punto da quella del 5 piovoso, anno 13, la quale per lo contrario pone le parti civili nella posizione di soddisfare esse stesse o di rimborsare le spese di giudizio, salvo il loro regresso contro i condannati. Esse dunque non possono pretendere di essere collocate per le indennità pria delle spese aggiudicate al Tesoro pubblico, verso il quale per l'opposto sono risponsabili di queste stesse spese (5).

46. — In quanto al rango del privilegio, la stessa legge ha indicato i crediti pei quali il Tesoro è primeggiato tanto sui mobili, quanto sugl'immobili. Non saprebbesi far meglio che seguirne la indicazione. Così, essa ha detto che il privilegio del Tesoro non si eserciterebbe sui mobili che dopo i privilegi i designati negli art. 2101 e 2102 Cod. Nap. e dopo le somme dovute per la difesa personale del condannato. Sarà dunque mestieri classificare in prima linea i creditori degli art. 2101 e 2102, immediatamente dopo il difensore, in terzo grado il Tesoro, e dopo di esso tutti gli altri creditori che potesse avere il condannato. Questa classifica non pertanto è ben gravemente contestata. Si è detto che, se la

(1) *Ved.* Persil (art. 2104, n. 1), Malevile (t. IV, p. 255), Dalloz (*loc. cit.* n. 12), Troplong (n. 94, ter).
(2) Rig. 22 ag. 1836.
(3) *Ved.* Duranton (t. XIX, n. 236), e Mourlon (Esame crit. e prat. n. 54).
(4) Rig. 7 magg. 1816; Parigi 3 frutt. anno 12; Rouen 13 ott. 1815; — Conf. Grenier (t. II, n. 416) e Persil (art. 2098, n. 20), Dalloz, (*loc. cit.*) n. 9), Troplong (n. 95 ter).
(5) *Lettera del gran giudice* del 19 marzo 1808. — Ved. Dalloz, (loc. cit. p. 70, nota 2).

legge accorda una preferenza ai dritti della difesa su quelli del Tesoro, gli è sol rispetto al Tesoro, o che il erede del difensore non essendo stato dichiarato privilegiato da alcuna legge, esso non può e non deve nuocere agli altri creditori del condannato. E si è immaginato un sistema in cui il Tesoro, cominciando per cedere il suo dritto alla difesa, abbandonandole ciò che riceve sino a concorrenza di quanto a questa ultima è dovuto, viene poscia, per parte della difesa e per la somma da lui abbandonatale, in contributo con gli altri creditori su quello che può rimanere a dividere (2). Ma ci è forza dirlo, questo sistema non è nè logico, nè legale. In pria non è logico, chè se il Tesoro prende il posto della difesa per venire ad una distribuzione per contributo coi creditori del condannato, gli è ben chiaro che vi viene per parte della difesa, di tal che in realtà la difesa è quella che minorcrebbe i dritti di costoro, e lor nuoce per conseguenza, il che dicesi non per tanto non potere nè dover essere. In secondo luogo non è legale, chè fondasi sulla supposizione che niuna legge ha dichiarato privilegiato il credito del difensore. Or appunto la legge del 5 settembre 1807, che è poi ben una legge, ferma nettamente il privilegio del Tesoro per le spese di giustizia criminale; e dopo aver consacrato questo privilegio del Tesoro, dichiara positivamente che il credito del difensore sarà ad esso preferito! Non è forse stabilire un privilegio nel modo più energico? La parola non v'è, il concediamo, ma la cosa vi è certamente! chè dire che un credito sarà preferito ad un altro credito, il quale vien dichiarato privilegiato, si è dire evidentemente che il primo sarà altresì privilegiato, si è stabilire il dritto, se non mercè la denominazione che gli è propria, almeno per l'effetto che abitualmente produce. Noi il ripetiamo adunque è uopo qui attenersi alla lettera della legge e seguirne le indicazioni. Tale è l'avviso che tende a prevalere (1).

47. — Parimenti in quanto al privilegio sugl'immobili, il Tesoro non può esercitarlo, secondo l'art. 4 della legge, se non dopo il privilegio degli articoli 2101 e 2103, le ipoteche legali anteriori al mandato di arresto o alla sentenza di condanna e le altre ipoteche, purchè sieno iscritte pria del privilegio del Tesoro e risoltiuo da atti aventi data certa anteriore a questo stesso mandato o sentenza. Si seguiranno altresì siffatte indicazioni, osservando non pertanto che il mandato di deposito, che non si conosceva nel 1807, dovrà produrre lo stesso effetto del mandato di arresto, oggidì specialmente che, in seguito dalla legge del 4 aprile 1855, modificativa dell' art. 94 del Codice d' istruzione criminale, il mandato di deposito si confonde più che mai con quello di arresto.

48. — La legge non si spiega sulle *alienazioni*. Essa non parla che dell'ordine e della preferenza trai creditori nella distribuzione del prezzo dei beni del condannato. Il ministro della giustizia ne ha conchioso, in una lettera del 9 agosto 1808 (2), che il privilegio o la ipoteca del fisco non può affettare i beni *alienati* pria della sentenza di condanna, poichè, a suo dire, il prevenuto sin allora conserva l'esercizio dei suoi dritti civili e la capacità di disporre dei suoi beni; di tal che non rimane al Tesoro, come agli altri creditori, che il dritto di provocare la rescissione delle alienazioni simulate, ovvero fatte in frode dei loro dritti. Ma ciò è stato giustamente contestato (3). L'effetto naturale e necessario del privilegio è di rannodarsi allo immobile e di seguirlo nelle sue mutazioni. Per altro, vietando la ipoteca, o non permettendo di tenerne conto rispetto al Tesoro, dacchè il credito ipotecario non ha data certa, anteriore al mandato di arresto o alla sentenza di condanna, la legge ha vietato la vendita per la forza stessa delle cose; chè vendere l'immobile è ancor più che ipotecarlo. Senza di che, tutte le previsioni del legislatore sarebbero fallite, e il pegno del Tesoro, protetto contro il pericolo di ipoteche simolate, non sarebbe meglio assicurato, potendo svanire per effetto di alienazioni fraudolente. — Non pertanto in niun caso la vendita, tutto che posteriore al mandato di arresto, potrà nuocere ai creditori ipotecarii, i quali si troveranno nelle condizioni di priurità determinate dalla legge. Così in una specie in cui dei crediti iscritti sugl'immobili del condannato avessero data certa pria del mandato di arresto, la Corte di Cassazione ha giustamente deciso che questi crediti erano stati ben pagati dagli acquirenti degl'immobili venduti dall'imputato posteriormente al mandato

(1) *Ved.* Tarrible (*Rep. del Merlin*, v° Privilegio, sez. 2, § 2, n. 7), Dalloz, (loc. cit. cap. 1, sez. 2, art 2, n. 4), Troplong, (n. 36).

(2) È stato consacrato dal Tribunale di Alby con sentenza dell' 8 dicembre 1853 molto accuratamente motivata. — Conf. Valette (*Priv. e ipot.* n. 39). Mourlon (loc. cit. n. 51). — *Ved.* pure Duranton (t. XIX. n. 2 9). Non pertanto quest' ultimo autore, dopo aver nettamente stabilito un tal sistema, giunge ad una soluzione che dice preferire, in definitiva, e che non pertanto non differisce essenzialmente dal sistema da noi combattuto.

(3) *Ved.* Dalloz (loc. cit., p. 70, nota 1).

(4) Persil (art. 2098, n. 22). Dalloz, cap. 1, sez. 2, art. 3, n. 11), Troplong, (n. 75), Mourlon (loc. cit. n. 52).

di arresto e che il privilegio del Tesoro non poteva essere opposto ai creditori (1).

VIII. — 50. *Privilegio pel ricupero delle contribuzioni dirette.* — La legge dell'11 brumaio anno 7, concernente il regime ipotecario, accordava allo Stato un privilegio sugl'immobili per un'annata scaduta e l'annata corrente della *contribuzione fondiaria*. Ma questa legge, come talune altre che l'han preceduta, era parziale; essa non concerneva che un solo oggetto delle contribuzioni dirette, di tal che sulle altre la giurisprudenza si faceva notare per la sua incertezza ed i suoi ondeggiamenti. La legge del 12 nov. 1808 ha fatto cessare questo stato di cose, stabilendo il privilegio del Tesoro in modo più generale. In questo scopo, la legge fa due classi delle contribuzioni dirette, una che abbraccia la contribuzione fondiaria, l'altra che contiene la contribuzione mobiliare, quella delle porte e finestre, quella delle patenti ed ogni altra contribuzione diretta e personale. Non per tanto realmente non intercede differenza tra le due classi che sotto il punto di vista delle cose su cui ricade il privilegio attribuito al Tesoro. In quanto alla contribuzione fondiaria, il privilegio si esercita sulle raccolte, sui frutti, le pigioni e rendite dei beni immobili soggetti a contribuzione; in quanto alle altre contribuzioni dirette, il privilegio si esercita su tutti i mobili ed effetti mobiliari appartenenti ai debitori, in qualunque luogo si trovino (art. 1°). Così, il privilegio è generale su tutti i mobili in quest'ultima classe ed è particolare su taluni mobili nella prima. E debbesi in oltre notare che nel mentre che per potersi il privilegio del Tesoro esercitare in quanto concerne la prima classe, è uopo giusta i termini stessi della legge, che gli immobili appartengano ancora al debitore, e non abbiano cessato di appartenergli (2); al contrario nella seconda classe il privilegio conferisce al Tesoro, se non sull'immobile stesso (*ved.* il n. seguente), almeno sul prodotto una specie di *droit de suite*, dritto che permette al Tesoro di ricuperare l'imposta della contribuzione fondiaria, anche tra le mani del terzo acquirente al quale si fosse venduto l'immobile, le cui rendite e frutti sono affetti dal privilegio (3).

51 — Ma su tutti gli altri punti evvi perfetta similitudine tra il privilegio creato pel ricupero delle contribuzioni della prima categoria e quello della seconda; epperò niun di essi affetta gl' immobili del debitore. La legge in pria non dice nè espressamente nè implicitamente che gl'immobili son gravati dal privilegio, e poi la esposizione dei motivi da cui è stata preceduta, dice precisamente il contrario: « Il governo, ha detto Jaubert, ha voluto stabilire delle regole che, mentre fossero chiare e precise, non traessero seco che le forme più semplici e men pregiudizievoli pei debitori e pei terzi. In questo scopo il progetto respinge qualunque idea di privilegio sugl' immobili. Potrebbe esservi pericolo a lasciare ai percettori la facoltà di vessare i debitori, intentando procedure di espropriazione forzata, il che potrebbe avvenire, se il privilegio si estendesse agli immobili ». Ben trovansi in una sentenza del tribunale di Rouen del 23 maggio 1851 (4) talune espressioni contrarie ad un tal principio; ma non v' è possibile controversia su questo punto; l'affrancamento degl'immobili è ammesso senza difficoltà (5). Non pertanto il privilegio così limitato non pregiudica agli altri dritti che il Tesoro potrebbe esercitare sui beni dei morosi al pari di qualunque altro creditore (art. 3).

52. Parimenti ancora evvi perfetta similitudine in quanto all'obbietto del privilegio. Per la contribuzione fondiaria, come per le altre contribuzioni dirette, il credito garentito dal privilegio è l'imposizione dell'annata scaduta e della corrente; così, due anni e null'altro; assicurare con un privilegio il debito della imposizione per una più lunga durata sarebbe stato lo stesso che intralciare le transazioni.

53. È lo stesso in quanto concerne il rango del privilegio. Vuoi che abbia per oggetto la imposizione fondiaria, vuoi che abbia per oggetto le altre contribuzioni dirette, il privilegio, ai termini della legge del 12 nov. 1808, si esercita pria *di qualunque altro* (art. 1°). Questo grado di preferenza accordato al privilegio ha fatto sì che la legge in questo punto è stata tacciata di esagerazione (6). Non pertanto la disposizione potrebbesi spiegare mercè una considerazione particolare desunta dal rapporto fatto al Corpo legislativo dal Montesquieu presidente della commissione delle Finanze: « I beni che noi possediamo, ha egli detto, non appartengono allo Stato; ma noi dobbiamo una porzione della rendita di essi per assicurarci il

(1) Rig. 11 luglio 1831.
(2) Cass. 17 agosto 1847.
(3) Rig. 6 luglio 1852.
(4) È la sentenza ad occasione della quale fu pronunziato l'arresto citato nella nota precedente. Il testo ne è rapportato nelle raccolte con quello dell'arresto di rigetto del 6 luglio 1852.
(5) *Ved. Ord. in C. di Stato*, 25 giugno 1819 e 19 marzo 1820. — *Ved.* pure Persil (art. 2098, n. 27), Duranton (t. XIX, n. 230) Dalloz (*loc. cit.* n. 2), Troplong, n. 96.
(6) Vedi Troplong (n. 33, 65 96).

resto ». Sotto questo punto di vista si può dire che la imposizione rappresenta le spese fatte per la conservazione della cosa, il che spiegherebbe, come si vedrà nel comentario dell'art. 2102, il grado di preferenza di che gode (1). — Checchè ne sia, e per quanto sieno assolute le espressioni delle legge del 12 novembre 1808, si dovran sempre preferire al privilegio consacrato in questa legge le spese giudiziarie (art. 2101, Cod. Nap.) vale a dire le spese di vendita fatte per giungere all'attuazione del pegno e le spese di distribuzione per contributo, spese tutte che costituiscono un prelevamento anzichè un privilegio (Cod. pr. art. 657 e 662 (2).

IX.—54. *Privilegio per dritti ed ammende in materia di bollo*—La legge delle finanze del 28 aprile 1816 à consacrato in favore del Tesoro, col suo art. 76, un privilegio simile a quello di che testè parlammo, pel ricupero dei dritti di bollo e per le ammende per contravvenzioni ad esso relative. Dopo quanto abbiamo detto, non dobbiamo insistere se non per far notare che il privilegio di che qui trattasi è quello che la legge del 12 nov. 1808 stabilisce sulla generalità dei mobili del debitore per le contribuzioni dirette della seconda categoria e non già quello che verte sui frutti e rendite degl'immobili, il quale è proprio esclusivamente alla contribuzione fondiaria.

55. — Tali sono i privilegi stabiliti in ragione de'dritti del Tesoro pubblico, e potremmo qui terminare il nostro comento dell'articolo 2098, ma àvvene ancora degli altri che si rannodano indirettamente all'interesse pubblico, e di cui fa quindi mestieri dir qui poche parole.

X.—56. *Di taluni privilegi che si rannodano all'interesse pubblico.* —1° operai impiegati dagl'imprenditori di lavori per conto dello Stato. Un decreto del 26 piovoso anno 2° crea nettamente un privilegio a pro degli operai impiegati dagl'imprenditori dei lavori eseguiti per conto della nazione, e dei fornitori di materiali ed altri oggetti inservienti alla costruzione delle opere in quanto che il detto decreto interdice coi suoi art. 1, 2, e 3 ai creditori particolari degl'imprenditori qualunque sequestro sui fondi depositati nelle casse dei ricevitori di distretti per essere liberate agl'imprenditori, ed apre al contrario la via del sequestro agli operai e fornitori, ed in quanto autorizzando con l'art. 4 il sequestro per parte di tutti dopo la ricezione dei lavori, esige che sien prima soddisfatti i crediti degli operai e fornitori che avessero praticato sequestri o opposizioni. — Questo decreto non doveva essere che provvisorio giusta la sua intestazione, ma in fatti si è mantenuto ed ha sempre ricevuto la sua applicazione innanzi ai tribunali (3). Però esso ha i suoi necessarii limiti: da una banda il privilegio non verte che sulle somme dovute all'imprenditore, esso non affetta dunque la cauzione che avesse dovuto fornire un aggiudicatario di lavori pubblici (4). Da altra banda è uopo, perchè gli operai e fornitori possano invocare il beneficio del privilegio che i lavori ai quali sono stati impiegati, vadano distinti con un carattere d'interesse generale. Su tal fondamento riposa la giurisprudenza, oggidì costante, giusta la quale il privilegio accordato dal decreto del 26 piovoso, anno 2, è inapplicabile al caso di lavori comunali (5). Questi lavori in fatti non ànno che un interesse di pura località che non è sì potente da dare origine al dritto di preferenza consacrato dal decreto. Altrimenti sarebbe nel caso di lavori dipartimentali, tuttochè non pertanto il decreto non parli che di lavori fatti *per conto dello Stato*; ma si è che i lavori dipartimentali non si distinguono da quelli dello Stato per un interesse di località, come quelli dei comuni, e che del resto, se questo decreto dell'anno 2, non parla di lavori dipartimentali, si è perchè alla data del decreto l'organizzazione dipartimentale non era quella che, oggidì, e che a ragion dell'epoca potevasi ben comprendere sotto la denominazione di lavori interessanti lo Stato o la nazione, quelli che ai nostri dì van considerati come aventi uno scopo di utilità dipartimentale (6).

57. 2.° Sottrattanti — Un decreto del 12 dicembre 1816 ha stabilito in favor dei sottrattanti sulle somme dovute a coloro che contrattano con lo Stato per forniture fatte al servizio della guerra, un privilegio che secondo la giurisprudenza colpisce tutte le somme dovute dallo Stato ai contrattanti, e non può essere ristretto alla somma che rappresentano le forniture fatte dai sottrattanti (7). Ma il privilegio non potrebbesi invocare dal fornitore che ha agito unicamente per conto del sottrattante ed ha considerato quest'ultimo come suo obbligato personale ed esclusivo (8).

58. 3.° Miniere e stagni — Coloro che àn fornito i fondi per la ricerca di una miniera,

(1) Vedi Valette (*Priv. e Ipot.*, n. 101).

(2) Ved. Duranton (t. XIX, n. 231) e Troplong n. 33

(3) Parigi, 28 agosto 1816; Rig. 12 dicembre 1851, Poitiers 16 marzo 1858; Colmar 30 dicembre 1841, Lione, 21 genn. 1846, Cass. 21 lug. 1847.

(4) Rig. 31 lug. 1849.

(5) Rig. 12 dic. 1851, Lione 21 genn. 1816.

(6) *Sic.*, Angers, 31 marzo 1852.

(7) Rig. 10 marzo 1818, Rig. 20 febb. 1828.

(8) Rig. 3 genn. 1822, Metz 2 luglio 1817.

del pari che pei lavori di costruzione o di confezione di macchina necessarie allo scavamento di ossa, acquistano, giusta la legge del 21 aprile 1811, art. 20, il privilegio accordato dal § 5° dell'art. 2103, Cod. Nap., purchè si uniformino alle obbligazioni imposte dal suddetto paragrafo. E parimenti il commessionario, a spese del quale si è operato il prosciugamento di uno stagno, ha un consimile privilegio, ai termini della legge del 16 settembre 1806, tit. 5, art. 23, ma col peso di far inscrivere l'atto di concessione o la ordinanza che prescrive il prosciugamento.

2099 [1968]. **I privilegi possono essere sopra i mobili o sopra gl' immobili** (a).

SOMMARIO

I. Significato ed estensione delle parole *mobili ed immobili* nel nostro articolo. — Delle trasformazioni che questi beni possono subire nella loro primitiva natura; rinvio.
II. Tutto che il nostro articolo sembri non indicare che due categorie di privilegi, in realtà ve ne sono non pertanto tre.

I. — 59. La parola *mobili* di cui si avvale il nostro articolo debb'essere presa nel senso più largo. In vero, l'art. 533 Cod. Nap. dice che la parola *mobile* allorchè è impiegata sola, senz'altra addizione nè designazione nelle disposizioni della legge o dell'uomo, è esclusiva del danaro contante, delle pietre preziose, dei debiti attivi, dei libri, delle medaglie, ecc. Ma da una banda, i redattori del Codice, anche quando impiegano sola la parola *mobili* non la intendono giammai, e non àn giammai potuto intenderla nel senso ristretto che le presta l'art. 533 (*Ved. supra*, t. II, n. 390). Da un'altra banda questo senso ristretto sarebbe tanto meno accettabile pel nostro articolo, inquanto che la parola *mobili* vi è evidentemente impiegata in opposizione alla parola *immobili*, come nell'articolo 516, il che le dà il significato più esteso, quello che riceve negli articoli 528, 529, 531 e 532 Cod. Nap. (1). Così in un privilegio generale sui mobili, se si eccettuino le cose enumerate negli articoli 524 e 525, le quali, tuttochè mobiliari di lor natura, ricevono dalla loro destinazione il carattere immobiliare, il dritto del creditore si estende indistintamente a tutte le cose che son mobili, vuoi per lor natura, vuoi per determinazione della legge.

60. In quanto alla parola *immobili* essa non ha nel nostro articolo un significato più esteso di quello delle parole *beni immobiliari* impiegate nell'art. 2118 relativo alle ipoteche. Abbraccia dunque i beni immobiliari che sono nel commercio e i loro accessorii nel durar dell'usufrutto. Ma in quanto alle servitù che non ànno un valore loro proprio, un valore indipendente dal fondo dominante; in quanto ai dritti di uso, di pascolo ed altri simili, che ben ànno un valore proprio, ma che non possono alienarsi; in quanto alle azioni tendenti alla revindica di un immobile, o alle azioni in nullità o in rescissione di una vendita, alle azioni di ricompra, azioni tutte che non sono nè acquestrabili, nè suscettive di espropriazione forzata, la parola *immobili* del nostro articolo non le abbraccia. Queste cose non sono suscettibili di ipoteca, come si vedrà nel nostro comento all'art. 2118; esse non son dunque suscettibili neppur di privilegio, poichè il privilegio sugl'immobili è in diffinitiva una ipoteca privilegiata (Art. 2113). Non pertanto si noterà, rispetto alle azioni di che abbiam parlato, che sol prese in sè stesse, esse non sono suscettibili di privilegio, chè in un'azione non v'è base reale, su cui il privilegio possa essere stabilito. Ma è tutt'altrimenti supponendo esercitata l'azione ed attuato l'obbietto; l'azione è in certo modo trasformata in una cosa materiale su cui il privilegio potrà ormai assidersi senza difficoltà. Per es. io aveva un'azione di ricompra che ho ceduta a Paolo mediante 10,000 fr.; in ragione di questo prezzo io non ho privilegio sull'azione; ciò è evidentissimo; ma se Paolo eserciti la ricompra, ovvero se io stesso la eserciti in suo nome e como suo creditore, e se l'immobile venga ripreso; nulla si opporrà a che io abbia su questo immobile il mio privilegio a causa della cessione che aveva fatto a Paolo (2).

61. Accade talvolta che i mobili ed anche gl'immobili subiscono dei mutamenti e delle trasformazioni nella loro primitiva natura. Agitasi allora la quistione di sapere se i privilegi da cui potevano essere gravati si estinguano per effetto di questi mutamenti o trasformazioni. La quistione si produce ad occasione dei privilegi speciali enumerati negli art. 2102 e 2103, ed in particolare ad occasione del privilegio del venditore. Noi la discuteremo nel trattar di questo privilegio.

II. — 62. Dopo di esserci spiegati sulla estensione delle parole *mobili* ed *immobili* adoperate nel nostro articolo, ne rimane a far notare che i privilegi son divisi dalla legge in tre categorie. Il testo del nostro articolo

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.
(1) Delvincourt (t. III, p. 263), Pigeau (t. II, p. 183) e Persil art. 2099 n. 1), Zachariae t. II, p. 97, nota 1. Troplong, (n. 106), Valette (n. 18), Dalloz *Rep.* cap. 1., sez. 1, art. 4 n. 2.
(2) Persil (art. 2099, n. 8).

tenderebbe a non farne supporre che due, poichè ei dice che i privilegi possono essere *sui mobili* o *sugl'immobili*. Ma per essere esatto faceva mestieri dire che i privilegi possono essere, vuoi sui mobili, vuoi sugl'immobili, vuoi ad un tempo sui mobili e gl'immobili. Infatti ciò soltanto è in relazione con le divisioni stesse della legge, la quale nelle tre sezioni seguenti ci mostra esservi dei privilegi speciali su certi mobili (art. 2102), indi dei privilegi speciali su taluni immobili(art. 2103), e da ultimo dei privilegi generali che ricadono su tutti i mobili e gl'immobili (art. 2101, 2104 e 2105). Non pertanto in quest'ultima categoria il regresso sugl'immobili non é che sussidiario (*Ved.* n. 44). A ciò si rannodano talune conseguenze che dedurremo agli articoli 2104 e 2105.

SEZIONE PRIMA

DEI PRIVILEGI SUI MOBILI

2100 [1966]. I privilegi sono o generali, o speciali sopra certi mobili (a).

63. Non v'è osservazione a fare su questa divisione, la quale riproduce quella dell'antica giurisprudenza, tranne che i privilegi generali sui mobili son generali anche sugl'immobili. La rubrica della nostra sezione, ed il testo stesso del nostro articolo no potrebbero far dubitare, non parlando che dei mobili; ma il dubbio sparisce a fronte dell'art. 2104, il quale annunzia che i privilegi i quali si estendono sui mobili e sugl'immobili son quelli enunciati nell' art. 2. della presente sezione.

§. 1. Dei privilegi generali sui mobili

2101 [1970]. I crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili sono enunciati qui appresso, e si esperimentano con l'ordine seguente:

1° Le spese giudiziali;

2° Le spese funerali;

3° Tutte le spese dell' ultima infermità in proporzione eguale fra quelli cui son dovute.

4° I salari delle persone di servizio per l' annata decorsa e quelli dovuti per l'annata corrente.

5° Le somministrazioni di viveri fatte al debitore ed alla sua famiglia, cioè per li sei ultimi mesi dai venditori al minuto, come i fornai, macellai e simili; e per l'ultimo anno dai padroni di locanda e mercanti all' ingrosso (b).

SOMMARIO

I. Il nostro articolo non si limita ad enumerare i crediti garentiti da un privilegio sulla generalità dei mobili. esso ne fissa il grado. Necessità, in ragione del favore stesso di che godono questi crediti, di precisarne nettamente la natura e l'estensione.

II. *Delle spese giudiziarie.* — Le sole spese giudiziarie che sieno privilegiate son quelle che sono state fatte nell'interesse comune dei creditori; quelle che sono state fatte in un interesse individuale non godono del privilegio; e quelle che non àn profittato se non a taluni creditori, senza recar vantaggio a tutti, non sono privilegiate che rispetto ai creditori ai quali àn recato vantaggio. Il privilegio delle spese giudiziarie non è necessariamente generale. Distinzione. Le spese possonsi considerare come spese giudiziarie, tutto che non sieno fatte innanzi ad un tribunale: spiegazione. Del dritto stabilito in favore dell'uffiziale che ha proceduto alla vendita dei mobili relativamente alle sue spese.

III. *Delle spese funerarie.* — Delle cause di privilegio; della estensione di esso; abbraccia le spese di lutto per la vedova, i figli e domestici; controvertito. — Il privilegio è forse dovuto a colui che ha fatto l' anticipo delle spese funerarie? Distinzione.

IV. *Delle spese di ultima malattia.* — Sovrabbondanza o superfetazione del nostro articolo in questo ultimo punto. — Causa del privilegio. — L'ultima malattia s'intende non solo quella di cui il debitore è morto, ma ancor quella che ha preceduto qualunque avvenimento, come la decozione o il fallimento, che da luogo alla distribuzione dei danari. Controvertito — Ma il privilegio non si estende necessariamente a tutte le spese fatte durante l'ultima malattia. Sviluppi.

V. *Dei salari delle persone di servizio.* — Origine del privilegio. Di coloro in favor dei quali è stabilito: appartiene ai domestici propriamente detti, ma non ai giovani di notaio, ai segretarii, ai commessi, agli operai. — Estensione del privilegio. Esso ha per oggetto il credito per salario dei domestici ingaggiati, vuoi ad anno, vuoi per una frazione minore di tempo: ma ha per oggetto i salarii soltanto, non gli anticipi.

VI. *Delle forniture di sussistenze.* — Causa del privilegio: delle persone alle quali è attribuito; distinzione tra' mercanti all'ingrosso e quelli a minuto. Sviluppi. — Limitazioni del privilegio: è uopo che le somministrazioni siensi fatte *al debitore ed alla sua famiglia*; spiegazione; e che si tratti di forniture di sussistenza: che s'intenda per *sussistenza*.

I. — 64. Le disposizioni della legge sui privilegi sono ben lungi dal riunir sempre i due elementi necessarii della materia, cioè: la determinazione dei crediti privilegiati e la fissazione dell'ordine nel quale questi crediti debbono essere classificati. Si vedrà nel comentario degli articoli seguenti, che se la legge fa conoscere i crediti privilegiati, essa dà, nella piupparte dei casi, delle indicazioni incomplete oltre ogni dire sulla loro classifica, e tanto incomplete che una delle più ardue difficoltà del nostro subbietto si è di regolare il concorso dei privilegi tra loro. Ma qui nel caso particolare del nostro articolo la legge non si tiene nella stessa riser-

(a b) Niuna divergenza è fra questi articoli.

ba. In fatti essa non si limita alla enumerazione dei crediti ai quali accorda privilegio sulla generalità dei mobili del debitore, ma fissa inoltre il rango di questi crediti. I privilegi generali consacrati dal nostro articolo, faran sorgere non pertanto, anche sotto il punto di vista della classifica, serie difficoltà; ma ciò sarà sol quando si troveranno in conflitto con privilegi speciali. In tutti i casi in cui il concorso non avrà luogo che tra loro, non sarà possibile il conflitto, almeno fra creditori di ordini differenti; chè il rango appartenente a ciascuno dei diversi ordini è fissato dal nostro articolo; fissato in modo invariabile, e questo rango è quello che lo stesso nostro articolo segue nella enumerazione che offre, il che è nettamente assodato dal § 1.° in cui è detto « i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili son quelli qui appresso indicati, *e si esercitano nell'ordine seguente* ».

65. Ed ora quali sono questi crediti? Sono giusta il testo: 1° le spese giudiziarie; 2° le spese funerarie; 3° le spese quali che sieno dell'ultima malattia; 4° i salarii delle persone di servizio; 5° le forniture di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia. La sola enunciazione di questi crediti spiega il favore di che godono. Non vogliam dire con ciò, che salvo in quanto concerne il credito delle spese giudiziarie, la legge non abbia sorpassata la giusta misura, particolarmente col dare a questi crediti già garentiti da un privilegio sulla generalità dei mobili, anche la garentia sussidiaria degli immobili (*Ved.* a tal riguardo le nostre osservazioni sugli articoli 2104 e 2105). Non per tanto gli è certo che la loro stessa causa doveva richiamar su di essi, più di ogni altro, il favor della legge, e che considerazioni di ordine pubblico si rannodavano ad un sentimento di giustizia e di umanità per farle allogare, o meglio per farle mantenere nel primo rango, che ebbero sempre, fra' crediti privilegiati.

Ma maggiore è il favore della legge, e più importa di non estenderlo a crediti diversi da quelli al quali è accordato un tal favore. Riprendiamo dunque successivamente i diversi privilegi enumerati nell'articolo, e cerchiamo di precisare la natura e la estensione di ciascuno di essi.

II. — 66. *Delle spese giudiziarie.* — Qui la legge non precisa, nè definisce: essa enuncia le spese giudiziarie in termini generali e le colloca in primo grado dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili.

Ma l'intimo significato ci fa avvertiti che, vuoi in quanto all'oggetto, vuoi in quanto alla estensione del privilegio, i termini della legge debbono essere ristretti e limitati.

67. Sotto il primo rapporto gli è evidente che il legislatore ha avuto in mira soltanto le spese fatte nell'interesse comune dei creditori, sia per far entrare la cosa nell'attivo del debitore, sia per impedire che essa non sia diminuita o non venga a perdersi, sia per convertire questa cosa in danaro e procurar così la distribuzione del prezzo fra' creditori. Epperò le spese di sequestro e di vendita degli oggetti sequestrati (1), quelle fatte contro il terzo detentore per astringerlo a pagare, quelle di una domanda in revindica di un immobile appartenente ad un debitore e che era sul punto di prescriversi, quelle della difesa alla dimanda in rescissione di una vendita d'immobili (2), tutte queste spese ed altri sborsi in casi analoghi costituiscono crediti privilegiati nel senso del nostro articolo. La causa di preferenza vi si mostra in fatti nel modo più chiaro; il creditore che ha fatto l'anticipo delle spese, ha fatto evidentemente le affare di tutti, conservando, o rendendo utile la garenzia comune, e procurando così agli altri creditori il mezzo di esercitare i loro dritti, all'attuazione dei quali essi non potevano giungere, senza subir la necessità di azioni o per conseguenza di spese che avrebbero dovuto far essi stessi, senza l'intervento di colui che le ha fatte nell'interesse di tutti.

Ma, come ben s'intende, per quanto è giusto che colui il quale ha fatto l'anticipo delle spese sia pagato pria dei creditori di cui ha fatto l'affare, altrettanto sarebbe contrario all'equità che colui il quale ha agito esclusivamente nel proprio interesse, p. es. per far riconoscere il credito e renderlo esecutivo, venisse a prelevare sul comun pegno di che pagarsi delle spese che ha dovuto fare. Che queste spese gli siano attribuite come accessorii del suo credito, e che a questo titolo seguano la sorte del credito stesso, e sien privilegiate allo stesso grado del credito, se esso è privilegiato, nulla di meglio! Ma che sieno privilegiate in primo rango, nei termini del nostro articolo, ecco ciò che non è possibile. Queste spese derivano da un interesse particolare, individuale; manca assolutamente la causa di preferenza (3).

Arrogi che le spese anticipate da un creditore potrebbero vantaggiare ad altri creditori al par di lui, senza che perciò il privilegio stabilito dal nostro articolo vi si ran-

(1) Riom, 3 apr. 1826; Amiens, 15 nov. 1837; Orleans 15 ag. 1840; Lione 16 genn. 1831.
(2) Riom, 5 febb. 1821. Aix, 11 genn. 1838.— *Ved.* pure Bourges, 9 giug. 1846.

(3) Limoges, 9 genn 1841; Bordeaux, 6 lug 1811; Rouen, 2 dic. 1811; Parigi, 27 nov. 1815, Orleans, 26 lug. 1849.

nedasse in modo assoluto. È uopo perchè il privilegio si produca senza riserva, che le spese abbian profittato a *tutti* i creditori. Se non avessero avuto che una utilità relativa, se avessero profittato a taluni e non ad altri, sarebbero privilegiate in modo relativo altresì, vale a dire che il privilegio esisterebbe rispetto ai creditori che avessero profittato delle spese non già rispetto agli altri (1). L'art. 662 del Codice di procedura ci presenta un'applicazione di siffatta regola, allorquando dice che le spese fatte per operare la distribuzione del prezzo di vendita dei mobili sequestrati ad un locatario a richiesta dei suoi creditori non vengono che dopo il credito del locatore. Se il locatore primeggia in tal caso il credito delle spese fatte per operare la distribuzione del prezzo di vendita (per conseguenza il credito delle spese giudiziarie) si è che il locatore potendo, giusta l'art. 661, Cod. di proc. far chiamare la parte sequestrata e il patrocinatore più anziano in udienza di rapporto innanzi al giudice commissario, *per fare statuire preliminarmente sul* suo *privilegio*, gli è vero il dire che le spese fatte per operare la distribuzione non tornano in suo pro. — L'art. 768 fornisce un altro esempio, allorquando, in proposito delle contestazioni all'ordine, dice che le spese del patrocinatore che avrà rappresentato i creditori contestanti saranno collocate in preferenza a tutti gli altri crediti, su quel che resterà dei danari a distribuire, deduzion fatta di quell'impiegati a soddisfare i crediti anteriori a quelli contestati. » Appunto perchè i creditori anteriori sono assolutamente estranei al conflitto che si eleva tra colui la cui collocazione è contestata e tutti i creditori che vengono dopo e che domandano la riforma della nota di graduazione, in quanto concerne il collocamento, le spese non sono privilegiate a loro riguardo.

68. Sotto il secondo rapporto, vale a dire in quanto concerne la estensione del privilegio, la limitazione che debbesi fare ai termini generali della legge si deduce dalla natura stessa delle cose. La legge dice che il privilegio per ispese giudiziarie colpisce la generalità dei beni del debitore, ed il privilegio avrà questo carattere di generalità, tutte le volte che le spese saranno state erogate nello scopo di proteggere la generalità del patrimonio e l'avranno protetto nell'interesse comune dei creditori. Ma va da sè che, se han protetto soltanto una frazione del patrimonio, il privilegio non dovrà estendersi oltre siffatta frazione. Per es. si fanno delle spese per istabilire un sequestro e poi stabilito il sequestro per la sua amministrazione, il privilegio abbraccerà la generalità dei beni. Ma se un mobiliare è sequestrato e venduto, come sarebbe possibile di dichiarare le spese di sequestro e di vendita privilegiate su di un altro mobiliare appartenente allo stesso proprietario ed altrove esistente? Le spese giudiziarie sono erogate a causa di un *mobiliare*, come potrebbesi ragionevolmente supporre che queste spese diverranno una causa di preferenza su di immobili ai quali sono del tutto estranee? Gli è dunque chiaro che, quali che sieno le espressioni della legge, non debbesi ammettere in un senso assoluto la idea che le spese giudiziario costituiscono un privilegio *generale*. Tutto qui dipenderà dalle circostanze, ed il privilegio sarà generale, se le spese abbiano procurato un vantaggio generale; nel caso inverso, e se il vantaggio procurato è parziale, il privilegio non sarà che *speciale* (2).

69. Del resto talune spese possonsi considerare come spese giudiziarie e per conseguenza come privilegiate nei termini del nostro articolo, tutto che non siensi erogate innanzi ad un tribunale. Per le spese di apposizione e remozione di suggelli, quelle d'inventario (3), le spese di amministrazione e di conto, vuoi di benefizio d'inventario, vuoi di fallimento(4), vuoi di beni di un condannato (5), vuoi di quelle d'un presunto assente nel caso degli art. 112 e segg. del Cod. Nap., sono evidentemente nelle condizioni costitutive del privilegio, chè esse ànno avuto in mira la conservazione del pegno nell'interesse comune dei creditori. La causa di preferenza vi emerge nettamente e la circostanza, che le spese non si sono fatte innanzi ad un tribunale, non potrebbe privarle del privilegio, cui le condizioni stesse in cui si son fatte, loro assicura.

Ma per queste spese, come per quelle fatte innanzi ad un tribunale, la condizione necessaria del privilegio si è che siensi fatte nell'interesse comune dei creditori. Se si fossero fatte nell'interesse individuale del creditore che le ha pagate, o anche se avessero vantaggiato taluni dei creditori e non già tutti, mancherebbe la causa di preferenza, o non esisterebbe che relativamente a quei creditori ai quali le spese avessero profittato, ed il credito delle spese non sarebbe privilegiato, e nol sarebbe che limitatamente. Le corti di Bordeaux e di Parigi han giudicato esattissimamente in questo senso, che i Sindaci di un fallimento non àn privilegio sui beni del fallito per le loro spese di gestione

(1) *Ved.* l'arresto già citato di Orleans, 26 lug. 1819; e Rig. 8 marzo 1848.

(2) Bordeaux, 28 magg. 1832, Cass. 28 lug. 1848. *Ved.* pure Zachariae (t. II, p. 101), Troplong (n. 131) Valette (n. 23), Taullier (t. VII, p. 121).

(3) Rig. 11 agosto 1821.

(4) Parigi, 28 genn. 1812; Rouen, 2 dic. 1811.

(5) Poitiers, 1° lug. 1812.

nell'interesse dei creditori chirografari (1), e la corte di Cassazione ha giudicato non meno esattamente che le spese di una divisione operata all'amichevole innanzi notaio, senza la partecipazione di alcun creditore, nè l'intervento del magistrato, non possono a niun titolo considerarsi come fatte nell'interesse comune dei creditori, e non permettono quindi d'invocare il beneficio del nostro articolo (2).

70. Terminando, sul primo dei privilegi che enumera il nostro articolo, faremo notare un dritto particolare e che è in certo modo superiore a questo privilegio: vogliam parlare del dritto che la legge accorda all'ufficiale che ha proceduto alla vendita dei mobili. Ai termini dell'art. 657 Cod. di proc. « Nel manco tra il sequestrato ed i creditori di accordarsi nel detto termine (un mese), l'ufficiale che avrà fatto la vendita, sarà tenuto a consegnare negli otto giorni seguenti, ed a peso di tutte le opposizioni, il montare della vendita, *deduzion fatta delle sue spese, secondo la tassa che si sarà fatta dal giudice sulla minuta del processo verbale...* » Epperò è più che un privilegio, è un dritto di prelevamento o di ritenuta che la legge consacra in favore dell'ufficiale che ha fatto la vendita; ma il dritto rientrerebbe nelle condizioni stesse del privilegio se, consegnando il montare della vendita, l'ufficiale trascurasse di fare la deduzione; in tal caso sarebbe uguale a quello degli altri creditori per ispese giudiziarie e verrebbe in concorso con essi (3).

Arrogi che il dritto consacrato dall'art. 657 è eccezionale; è uopo dunque non estenderlo. Così, stabilito pel caso di distribuzione per contributo, in seguito di vendita, nel manco per parte del sequestrato e dei creditori di accordarsi tra loro, non potrebbesi invocare dal commissario apprezzatore *che avesse fatto la vendita del mobiliare di una successione vacante.* Costui non à in alcun caso il dritto di prelevamento o di ritenuta; ei devo conferire l'intiero prezzo della vendita; o se il prezzo non è sufficiente per rispondere a tutto, vi sarà luogo ad una distribuzione pro rata tra il commessario apprezzatore o gli altri ufficiali pubblici che avessero preso parte alle operazioni anteriori alla vendita. Siffatto punto è stato esattissimamente risoluto in questo senso dalla Corte di cassazione (4). Tale è pure l'avviso del Mourlon (5); ma questi sembra supporre che la inapplicabilità dell'art. 657, C. di pr. provenga da che qui la vendita sarebbesi fatta da un *commissario apprezzatore*, dando così a credere che un tale articolo sarebbe esclusivamente in favore degli *uscieri*, il che è inammessibile, poichè l'art. 657 non parla neanche di uscieri, ma adopera l'espressione generale *uffiziale.* La vera ragione di distinguere si è che la vendita, nella nostra ipotesi, ha luogo nel caso di successione vacante, mentre che l'art. 657, disposizione del tutto eccezionale, à in mira un caso diverso, quello della vendita in seguito di sequesto, nel quale, come esprime la Corte di Cassazione l'uffiziale che procede, essendo impiegato nello interesse di tutti i creditori, sequestrante principale o opponenti, à appunto per ciò contro tutti, e per conseguenza sui danari sequestrati, il dritto di essere pagato delle sue spese in preferenza ed anche pria di qualunque distribuzione.

III.—71. *Delle spese funerarie.* — La legge, in un pensiero tutto spiritualista, *intuitu pietatis*, e per rendere omaggio ad un principio di decenza pubblica, vuole essere sicura che si rendano gli ultimi doveri alle ceneri dei morti (6). Da un'altra banda essa si determina per l'interesse delle salubrità pubblica, la quale sarebbe compromessa se, nel manco di garenzie sufficienti pel ricupero delle spese funerarie, accadesse che le inumazioni fossero di troppo differite . . . *Ut qui funeravit peracquatur id quod impendit. Sic enim fieri ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur* (L. 12, § 13, ff. *De relig. et sumpt. funerum*). Il nostro articolo si ispira da questo duplice obbietto, ed in conseguenza classifica la spese funerarie nel secondo grado dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili.

Ma qui come per le spese giudiziarie la legge si è astenuta dal precisare e definire. Quali sono dunque le spese che presentano il carattere di spese funerarie e danno luogo, a questo titolo, al privilegio? In tesi generale si può dire che le spese di che trattasi avendo la lor causa nelle necessità che seguono un decesso, tutte le spese *necessarie* fatte a causa del decesso e per inumazione costituiscono precisamente le spese funerarie alle quali è dalla legge annesso un privilegio. Non pertanto è uopo stare in guardia: talune spese, tutto che necessarie, possono essere esagerate; anzi segnatamente nei funerali si vede prodotta l'esagerazione; la va-

(1) Parigi, 27 aprile 1836, Bordeaux 20 ag. 1836. *Ved.* pure Limoges, 9 genn. 1841 e Parigi 21 gennaio 1842.

(2) Rig. 14 febbr. 1833, — *Ved.* pure Rig., 11 dicembre 1834.

(3) *Ved.* Duranton, (t. 19, n. 41), Valette (n. 21), Mourlon (*Esame crit. e prat.*, n. 30, in fine).

(4) Rig. 8 dic. 1825.

(5) *Ved loc. cit.* p. 93.

(6) Ved. le ll. 14, § 1 e 45, ff. *de Relig. et sumpt. fun.* — *Ved.* Pothier, (*Pand.* lib. II, tit. I, n. 55); e Loyseau (*officii*, lib. 3, cap. 8, n. 50).

nità il più delle volte vi fa spicco più che il dolore; la pompa e l'ostentazione vi prendono sovente il luogo del raccoglimento, e spessissimo si dà luogo oltre misura alla pompa esterna, senza neppur dimandare su chi ricadranno le spese di un lusso indecentemente dispendioso. Il privilegio non è sì certo stabilito in vista di queste prodigalità vane e quasi empie. Conviene dunque fare una riserva alla regola generale; tanto più che in diffinitiva l'interesse in azione è qui men quello degli eredi che quello dei creditori della successione, poichè in detrimento di questi ultimi son privilegiate le spese funerarie. E tale riserva è indicata dalla legge romana: *Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti*. (Ved. la legge già citata § 5.). Epperò in reassunto le spese funerarie s'intenderanno tutte quelle spese necessarie fatte a causa della morte e per l'inumazione, salvo in caso di esagerazione la facoltà pel giudice di restringere il privilegio, non accordandolo che per una spesa in rapporto alla condizione ed al patrimonio del defunto.

73. Ciò per altro non è, nè è stato giammai controvertito; ma non si è più di accordo allorchè si viene all'applicazione. Così, nell'antica giurisprudenza francese taluni atti di notorietà del Castelletto di Parigi sembravano avere stabilito due ordini di spese funerarie. Il Pothier ci dice nel suo *Trattato di Proc. civ.* (parte IV, cap. II, § 2) che secondo questi atti « il privilegio sul prezzo dei mobili erasi ristretto dall'uso al trasporto del cadavere ed all'apertura della fossa, il che chiamavasi spese funerarie di prima classe (le quali non potevano eccedere 20 lire) e che il dippiù delle spese funerarie, qualificate in secondo ordine non si pagava che per contributo fra' creditori privilegiati... » Indi a fronte di questo uso, del resto poco seguito, veniva la dottrina degli autori i quali, regolandosi su diversi dati, accordavano un privilegio più o meno esteso (1).

Lo stesso disaccordo si riproduce oggidì nella moderna dottrina. Mentre che taluni autori considerano come spese funerarie privilegiate tutte quelle la cui causa ed il cui principio è nel decesso del debitore, altri restaurando in certo modo i due ordini di spese imaginati una volta dal Castelletto di Parigi, accordano il privilegio soltanto alle spese del primo ordine, il quale abbraccerebbe tutto ciò che si fosse speso, *propter funus*, vale a dire le *spese* per la *sepoltura*, e negano il privilegio alle spese del secondo ordine, vale a dire alle spese fatte ad occasione della morte senza dubbio, ma dopo i funerali del debitore, quali una lapide o la erezione di un monumento sulla tomba, gli abiti di lutto della vedova, dei figli e dei domestici (2).

Dal nostro canto noi non esitiamo dall'adottare la prima di queste dottrine. Se vi è luogo a preoccuparsi molto dell'interesse dei crediti a detrimento dei quali le spese funerarie son privilegiate, non fa mestieri nonpertanto sacrificare il privilegio stesso a questo interesse, o discutere ad uno ad uno gli articoli di spesa; chè essi àn tutti il lor principio nelle necessità seguenti alla morte del debitore, e son quindi protetti tutti da quelle considerazioni di decenza pubblica, di convenienze sociali che han determinato lo stabilimento del privilegio. È uopo dunque rimettersene alla vigile azione dei tribunali i quali, trovando nel dritto di esame di cui sono investiti, la facoltà di ridurre la spesa totale in caso di eccesso e di mettere in rapporto la somma di spese alla quale conviene accordare il privilegio con la posizione del defunto, avviseranno come conviene a proteggere gli interessi opposti.

Ciò posto, il privilegio a parer nostro debbesi accordare non solo alle spese di custodia del cadavere, di esequie e di sepoltura, ma ancora agli emolumenti del cimitero, agli onorarii del ministro del culto ed alle altre spese che si rannodano alla cerimonia della inumazione..

Dovrà parimenti accordarsi per le somme impiegate, vuoi all'acquisto temporaneo o perpetuo di un terreno nel cimitero, vuoi nel disporre il luogo per ricevere il cadavere, vuoi pure e, per quanto lo comporti la condizione del defunto, a mettere una lapide sulla sua tomba o ad ergervi un monumento.

In quanto alle spese di lutto della vedova, dei figli e dei domestici è il punto più controvertito (3). Ma qui ancora ci ripugna a credere che possa negarsi il privilegio. Tale è la opinione da noi altrove emessa (4), e non possiamo che persistervi dopo un novello esame. Essa era dominante nell'antica giurisprudenza

(1) *Ved.* Ferrière (sulle cons. di Parigi, art. 179, glossa unica § 2, n. 3), Domat (*leggi civili*, lib. 3, sez. 5 n. 24) Guyot, (*Rep.* v. spese funerarie), Hericourt, (*Tr. della vendita degl' immobili*, parte pr., cap. 2, sez. 1, n. 1 e 5).

(2) *Ved.* Grenier (t. II, n. 301) Merlin (*Rep.* v. lutto) Zachariae, (t. II, p. 102), Dalloz (*loc. cit.* n. 4 e 5), Troplong (n. 135 e 136), Valette (n. 26).

(3) *Ved.* gli autori citati nella nota precedente.

(4) *Contratto di matrimonio* (t. I, n. 766, e t. II). Ved. conf. Agen 28 ag. 1833 e Caen, 13 lug. 1836— *Ved.* pure Tarrible (*Rep.* del Merlin v. privilegio, sez. 3, § 1, n. 3), Favard (*Rep.* v. privilegio), Proudhon (*Usufr.* n. 212), Persil (art. 2101, § 2, n. 4) Duranton (t. XIX, n. 48) Taulier (t. VII, p. 122).

ad onta delle tendenze per ridurre il privilegio delle spese funerarie. « Questo lutto, dice il Pothier (Comunione, n. 678), che gli eredi del marito sono obbligati di fornire alla vedova viene riguardato come faciente parte delle spese funerarie del marito; così lo considerano il Renusson, il Lebrun ed altri. In conseguenza è di uso dare alla vedova pel credito del suo lutto lo stesso privilegio di quello per le spese funerarie. Ma se la moglie è preferita pel suo lutto ai creditori del marito morto insolvibile, debbesi almeno porre attenzione in tal caso e regolarlo alla minor somma possibile ». Sotto le stesse riserbe debbesi oggidì accordare il privilegio; ma è uopo non pertanto accordarlo in modo completo. Noi non sapremmo dunque ammettere la distinzione proposta dal Duranton, il quale ammette il privilegio per gli abiti di lutto della vedova e dei figli, e lo rigetta per quello dei domestici. Ancor meno ammetteremo la opinione del Mourlon (1) il quale, regolandosi cogli usi, e distruggendo in certo modo su questo punto la unità di legislazione, accorderebbe il privilegio nei luoghi in cui è di uso che la moglie partecipi con la sua presenza agli onori funebri resi al marito, e lo negherebbe al contrario in quelli in cui è di uso che le mogli si tengano lontane. Il lutto a parer nostro è una di quelle necessità che le convenienze impongono come un pio omaggio renduto dai viventi alla memoria degli estinti; appunto perciò le spese di lutto sono della stessa natura delle spese funerarie in generale, perchè come esse hanno il lor principio nella morte stessa del debitore. Si è anche perciò che àn dritto al privilegio, poichè negarlo ad esse sarebbe lo stesso che privare i creditori che ne facessero lo anticipo, di una sicurezza senza la quale non consentirebbero forse a provvedervi, e mettere con ciò la famiglia nella posizione di non poter soddisfare all'obbligo che le impongono le leggi sociali. Or se è di uso in talune contrade, non già precisamente, come dice il Mourlon, che le mogli partecipino con la loro presenza agli ultimi doveri renduti al marito, ma che assistano al servizio della *novena* seguente ai funerali, sarà questa una ragion di più, una ragione propria a queste contrade, perchè le spese di lutto sieno dichiarate privilegiate, ma la ragione sarà secondaria; la ragione principale e dominante resterà sempre quella che le spese di lutto sono spese funerarie, in quanto che hanno il loro principio e la loro causa nello stesso avvenimento.

74. Che se l'anticipo delle spese si fosse fatto da un terzo, costui non avrebbe dritto al privilegio, che sol quando avesse ordinati i funerali in nome suo, ovvero ordinandoli in nome degli eredi, avesse dichiarato rendersi garante di essi. Egli avrà in tal caso il beneficio della surrogazione legale accordato dal n. 3 dell'art. 1251 a tutti coloro chè, essendo tenuti con altri o per altri al pagamento del debito, ànno interesse a soddisfarlo (2); Ma se abbia fatto a titolo di prestito l'anticipo volontario delle spese, senza alcuna stipulazione di surrogazione, non avrà alcun dritto al privilegio. La surrogaziona legale non può acquistarsi da lui, poichè non trovasi in alcuno dei casi di surrogazione determinati limitativamente dall' art. 1251; e la surrogazione convenzionale non gli si applica; poichè noi supponiamo ch'essa non è stata stipulata: ben trovia mo nell'art.593 del Cod. di proc. un testo dal quale risulta cha colui il quale *ha prestato danaro per comprare alimenti* gode di una surrogazione. Ma noi siamo qui nella materia dei privilegi, materia di dritto essenzialmente stretto; e benchè nell'ordine stabilito dal nostro articolo le spese funerarie sono classificate pria delle forniture di sussistenza, non si può estendere al prestito dei danari per soddisfare le spese funerarie la disposizione favorevole che l' art. 593 del Cod. di proc. consacra in favore del prestito fatto per comprare gli alimenti.

IV.—75. *Spese dell'ultima malattia*. Il nostro articolo colloca nel terzo luogo dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili « le spese quali che sieno dell'ultima malattia in concorrenza tra coloro a cui esse son dovute». Lo art. 207 (che l'ordine logico delle idee ci ha obbligato a porre fuori del suo luogo, ved. *supra* n. 27) ferma già in principio, che « i creditori privilegiati che sono nello stesso rango son pagati in concorrenza;» di tal che il nostro articolo cade quì in una ripetizione (che si è sorpresi di vedere in questo numero dell'articolo, quando la non si vede negli altri ad occasione dei quali essa poteva ben riprodursi altresì) esprimendo che le spese della ultima malattia son privilegiate *in concorrenza tra coloro ai quali son dovute*. È uopo dunque lasciar da banda queste ultime espressioni, il cui comentario trova il suo posto ben logico all'art. 2097, in cui è fermata la regola

(1) *Coment. crit. e pratico*, n. 7.
(2) *Ved.* Persil *(loc. cit.* n. 5), Mourlon (loc. cit. n. 77).—*Ved.* non pertanto Duranton (t. XIX, n. 51), Troplong (n. 136 bis), Delvincourt (t. III, p. 270 nota 2), Dalloz (loc. cit n 8).

da esse richiamata, ed attenersi puramente e semplicemente al privilegio in sè stesso, alla estensione ed all'obbietto di esso.

76. La legge ispirandosi qui ad un pensiere di umanità viene in soccorso del debitore infermo che potrebbe, se non essere del tutto abbandonato, almeno non ricevere tutti i soccorsi reclamati dal suo stato, laddove non offrisse alle persone da cui può emanare il soccorso un credito senza sicurezza. La legge vuole adunque che le spese *qualichessieno dell'ultima molottia* sieno privilegiate.

Ma ehe fa d' uopo intendere per queste parole « dell' ultima malattia » di cui fa uso il nostro articolo. La legge parla forse soltanto della malattia di cui è morto il debitore, o vuol parlare della malattia che avesse preceduto immediatamente un fatto qualunqne, come il fallimento o la decozione ehe danno luogo alla distribuzione dei danari?— Sotto l'antica giurisprudenza in cui era accordato lo stesso privilegio, è certo che l'ultima malattia, secondo la comune opinione degli autori, intendevasi limitativamente di quella in seguito della quale era morto il debitore. Il Mourlon (1) ha fatto grandi sforzi per istabilire che l' antica dottrina non era fissata in questo senso, o ohe almeno la opinione degli autori applicandosi ad una specie tutta particolare, quella di una decozione dopo morte, era impossibile di nulla dedurne o di argomentarne sulla quistione generale di sapere se il privilegio esistesse o pur no uel caso in cui il debitore dopo la sua guarigione fosse caduto in fallimento o in decozione. Ma tutti gli sforzi vengono meno, a parer nostro, innanzi alla esposizione sì assoluta e sì precisa del Brodeau, il quale riassumendo la opinione dominante ci dice: « *Riguardo alle malattie guarite*, lo speziale, facendo credito al debitore, ne segue la fede, rientra nel dritto comune e rinunzia tacitamente al suo privilegio; *in vece che lo persona lo quale ha ricevuto l'ossistenza non essendo nel mondo per aver cura di un debito sì coritolevole e sì favorevole, la legge ci impiega il suo uffizio ed accorda il privilegio.* » Epperò, essendo ciò ben certo, il privilegio non esisteva nell'antica giurisprudenza che per la malattia di cui il debitore era morto. Ma l'attuale legge nulla dice di ben preciso, perchè la stessa soluzione debba essere oggidì ammessa, e tutto che questa soluzione abbia numerosi partigiani(2), noi adottiamo in preferenza la contraria opinione, non solo perchè sino ad un certo punto i termini della legge vi si prestano, le parole spese *dell'ultima malattia* avendo un senso men ristretto delle altre espressioni, *spese di ultima malottia*, impiegate nell'articolo 385 del Cod. nap., ma ancor perchè ci sembrerebbe oltremodo ingiusto di trattar più rigorosamente il medico, il quale avesse salvato il suo ammalato che quello il quale non avesse potuto trionfare della malattia, ed ancor perchè in deffinitiva il medico, il quale ha contato su di un guiderdone penosamente e legalmente acquistato, non può esser privato del suo credito per l'avvenimento di un fallimento o di una decozione (3). Il Troplong (t. I, n. 137), non ammette questa soluzione se non nel caso in cui è costante ehe la malattia di cui il debitore è guarito era ancora in tutta la sua gravità al momento del fallimento o della decozione. Ma non vedesi alcun motivo a siffatta distinzione: o la legge non accorda il privilegio che per la malattia di cui è morto il debitore, ed in questo caso è evidente che il fallimento o la decozione dichiarata durante la malattia non potrebbe dar luogo al privilegio, dacchè si suppone la guarigione del debitore; tutto al più potrebbesi dire allora che l'esito della malattia essendo incerto al momento del fallimento o della decozione, il privilegio debb'essere collocato condizionalmente per attuarsi, ma sol nel caso in cui il debitore venisse a succombere, e ciò insegna il Valette (4); ovvero la legge debbe intendersi in modo generale e come quella che accorda il privilegio per la malattia precedente qualunque avvenimento che dà luogo alla distribuzione di danari, ed in questo caso il fallimento o la decozione determina il privilegio del pari che la morte, senza che siavi a ricercare qual fosse il grado della malattia del debitore, allorchè è avvenuto il fallimento o la decozione. In quanto a noi, non vediamo via di mezzo possibile tra questo due soluzioni: e se la prima, la quale dominava nell'antica giurisprudenza, ha potuto presentarsi per questo stesso motivo al pensiero dei redattori del Codice, è vero dire non pertanto ehe costoro non si sono spiegati in modo ben chiaro, perchè dovessimo anche oggidì attenerci a questa soluzione e respingere la seconda, cui la logica, la giustizia e la ragione evidentemente confessano meglio.

77. Ma evvi una misura entro la quale le spese dell' ultima malattia sono privilegiate. Il nostro articolo ben dice che le spese alle quali si applica il privilegio sono le spese

(1) *Com. crit. e prat.* n.° 72.

(2) Ved. una sentenza del trib. di Comm. della Senna del 28 genn. 1834; Grenier (t. II, n. 302). Pardessus, (t. III, n. 1194), Valette (n. 27), Zachariae (t. II, p. 1021).

(3) Ved. Dalloz (loc. cit. n. 19), Pigeau t. II, p. 191), Duranton (t. XIX, n. 54), Toullier (t. VII, p. 121). Mourlon (*loc cit.*)

(4) Ved. Valette (loc. cit.)

quali che siano dell'ultima malattia; non pertanto la espressione assoluta da esso adoperata non concerne se non le persone da cui possono emanare soccorsi. Ne risulta che i medici e chirurgi, i farmacisti, i pratici, le levatrici, tutti coloro a dir breve che son chiamati a prestar soccorsi ad una persona inferma, godono del privilegio del credito, il cui principio è nel soccorso che han fornito. Ma il nostro articolo non va più oltre, e segnatamente non dovrebbesene dedurre che, quale si fosse stata la durata dell'ultima malattia, il medico, il farmacista avessero un privilegio, per quel che lor fosse dovuto a causa di siffatta malattia. A tal riguardo la disposizione del nostro articolo debb'esser posta in relazione con quella dell'art. 2272 Cod. Nap.; e siccome quest'ultimo articolo dichiara prescritta nel termine di un anno l'azione dei medici, chirurgi, speziali, per le lor visite, operazioni o medicine, ne segue che il privilegio debbe proteggere il credito del medico, del chirurgo, del farmacista, tutto al più per un anno, essendo prescritto il dippiù del credito rispetto agli altri creditori, che attingono nell'art. 2255 del Cod. Nap. il dritto di opporre la prescrizione, anche quando il debitore vi rinunzii. Ciò tronca le difficoltà sorte tra gli autori, sul punto di sapere quale debba essere la estensione del privilegio nel caso in cui il debitore sia stato colpito da una malattia cronica che si è prolungata per più anni, sembrando taluni credere che il privilegio comprenda allora tutte le spese della malattia (1), tali altri dichiarando che il privilegio è dovuto soltanto a contare dall'epoca in cui la malattia à assunto un'indole particolarmente pericolosa (2). La situazione del medico che presta le sue cure e quella del farmacista che fornisce le medicine debb'essere la stessa, quale che sia la indole dell'ultima malattia: acuta o cronica, quest'ultima malattia fa nascere un credito che la legge dichiara privilegiato, e se è mestieri che un tal privilegio non sia esorbitante, in pregiudizio degli altri creditori dell'ammalato, come potrebbe essere nel primo sistema, non fa d'uopo neppure ridurre in certo modo a zero il credito a cui si rannoda, come potrebbe avvenire nel secondo sistema; per es. se la malattia non si fosse aggravata che qualche giorno prima dell'avvenimento che dà luogo alla distribuzione dei danari. Il confronto del nostro articolo col 2272 sopprime queste conseguenze esagerate in senso inverso, e noi ad esso ci atteniamo, salvo ben inteso le modifiche che possono risultare da particolari convenzioni di pagamento, tra il medico o il farmacista e l'ammalato per la determinazione della esigibilità del debito, e per conseguenza, del punto di partenza della prescrizione. (*Ved.* a tal riguardo le applicazioni fatte dal Marcadè nel suo *Comentario Trattato della Prescrizione*, (art. 2274-2278).

78. Nella misura da noi testè indicata il privilegio abbraccia tutte le spese fatte durante l'ultima malattia, quale che ne sia il montare; ma fa d'uopo porvi questa restrizione, che le spese sieno state richieste dallo stato dell'infermo e pei bisogni della malattia. Quelle che avranno avuto la lor causa in capricci a soddisfare, in pure fantasie, non debbono secondo noi godere di un privilegio, il quale può ben estendersi senza riserba a tutte le spese che la malattia ha renduto necessarie o anche utili, ma che non deve andar più oltre. Taluni autori insegnano non pertanto che anche quel che siasi dato per pura fantasia o capriccio ha dritto al privilegio se non pel tutto, almeno per quanto non è fuori proporzione con la condizione dell'infermo (3). Ma con ciò si aggiunge alla legge; in oltre si è dar molto all'arbitrio delle valutazioni. Sotto questo duplice titolo, siffatta opinione debbesi respingere.

V.—79. *Dei salarii delle persone di servizio.* Il privilegio delle persone di servizio, al par di tutti quelli enumerati dal nostro articolo ha la sua origine nel passato. Il Bourjon di cui i redattori del Codice sembra avessero copiato la dottrina, di ce che « in quanto al privilegio accordato ai domestici per gli stipendii loro dovuti, esso ha luogo per l'annata scaduta e la corrente, prescrivendosi la loro azione col decorso di un anno, secondo l'art. 127 della consuetudine formata sull'ord. del 1510 (4)». Secondo ciò non fa mestieri arrestarsi troppo all'asserzione del Pothier (tutto che sembri generalmente accettata) (5), o almeno all'asserzione di colui che, dopo la morte del Pothier, ha posto in ordine le sue note sulla procedura civile, e che rapportandosene ad un atto di notorietà del Castelletto di Parigi del 4 agosto 1692, afferma che il privilegio di cui qui trattasi non era stabilito se non a Parigi, e non era accordato che ai *servitori di piazza* (6). Risulta dalla formola del Bourjon che il privilegio era consacrato in favore dei do-

(1) *Ved.* Troplong (n. 137 e segg.), Duranton (t. XIX, n. 54)
(2) Ved. Persil (art., 2101, § 3, nota 4), Zachariae (t. II, p. 103), Dalloz (*loc cit.*, 7), Delvincourt (t. III, n. 250, nota), Valette (n. 27).
(3) Ved. Persil (art. 2101, § 3 n. 4), Dalloz (loc. cit. n. 7), Zachariae (t. II, p. 102 e 103).
(4) Bourjon (*Dritto Comune*, lib. 6, tit. 8, n. 71).
(5) Ved. Troplong (n. 142) e Valette (n. 29).
(6) Pothier (*Tr. della proc. cit.*, n. 492)

mestici in generale, e che avea luogo non solo a Parigi ma ancora nell'ambito della consuetudine la quale, come si sa, estendeva il suo impero su di una gran parte del territorio della Francia consuetudinaria. Del resto l'atto di notorietà al quale rinvia il Pothier nulla dice di contrario, chè enumerando i diversi crediti che si era solito al Castelletto di pagare in preferenza nella distribuzione del prezzo dei mobili e dei denari di una successione, esso enuncia in modo non meno generale del Bourjon, « *gli stipendii dei domestici* per un' annata scaduta al giorno della morte, se ve n'è tanto (1) ». Ed un arresto della Corte di Parigi adottando questi dati dichiara che nella consuetudine di Parigi (per conseguenza in tutto l'ambito della consuetudine) i domestici aveano un privilegio non solo sul mobiliare, ma ancora sussidiariamente sul prodotto degl' immobili pei loro stipendii e salarii (2). Epperò in definitiva il nostro articolo conferma una pratica antica, ben generalmente seguita, allorchè riprendendo a un di presso il testo del Bourjon alloga frai privilegi sulle generalità dei mobili (e sussidiariamente sugl'immobili) « i salarii delle persone di servizio per l'annata scaduta e per quel che è dovuto sull'annata corrente ».

80. E questa stessa origine della legge concorre a darrene la spiegazione su di un punto che ha suscitato le maggiori controversie, vogliam dire del significato che convien rannodare alle espressioni « persone di servizio » di che si avvale il legislatore. Evidentemente la legge esprime in termini differenti il pensiero stesso che si rannodava alla parola *domestico* nell'uso consacrato dal nostro testo. Or nella sua accezione usuale la qualifica di domestico si applica a tutti coloro che, mercè un salario, mettonsi al servizio della persona, della famiglia. Anche in tale accezione dovran prendersi le espressioni *persone di servizio* impiegate nel nostro articolo. Queste ultime espressioni non sono state sostituite alla parola *domestico* di cui facevasi uso nell'antica giurisprudenza, e di cui erasi pur fatto uso nella legge di frimaio anno 7, il cui articolo 11 consacrava espressamente altresì il privilegio dei domestici, se non nella mira di una maggiore generalità e per meglio far intendere che il privilegio è accordato a tutti i servitori della persona, della famiglia, e per conseguenza al portiere, al cocchiere, al maestro di casa, alla cameriera, ai pastori, ai garzoni di fattoria, a tutti coloro a dir breve che, avendo e riconoscendo un padrone, non sono abitualmente designati, in ragione del particolare servizio al quale sono addetti, sotto la voce comune di *domestici*. Ma la sostituzione dell'attuale qualifica a quella comune non si è fatta nella mira di estendere il pensiero della legge e di far supporre che il privilegio sarebbe ormai accordato a servigi diversi da quelli, in vista dei quali era stato primitivamente stabilito. Ciò risulta dal rapporto fatto al tribunato dal Grenier (3), rapporto in cui leggesi che questo privilegio e tutti quelli del nostro articolo sono stati stabiliti « perchè avrebbe ripugnato, specialmente per somme d'ordinario ben modiche e che di rado entrano in considerazione negli affari d'interesse, *di allontanare da un cittadino i soccorsi offerti alla sua infermità* o *alla sua miseria*, privando coloro che sono disposti a fornirli, della speranza di esser pagati sugli oggetti che sono in potere del debitore ed in evidenza, e ch' eglino di buona fede àn riguardati come il loro pegno».

81. Ciò posto il privilegio non verrà esteso agli stipendii dei commessi di uffiziali pubblici o ministeriali, come notai, patrocinatori ecc. (4), chè la convenzione intervenuta tra l'uffiziale ed il commesso è di un ordine superiore a causa del suo scopo e del suo effetto; essa interessa l'ordine pubblico, essendo la base ed il punto di partenza di un noviziato, in seguito del quale il commesso acquista quella capacità che gli permetterà di esercitare a sua volta; essa impone al commesso doveri non solo verso il principale, ma anche verso la società: a tutti questi titoli siffatta convenzione si distingue ben profondamente da quella che formasi tra il padrone ed il domestico.

82. Il privilegio neppure esisterà a pro dei professori addetti ad una casa di educazione (5), nè a pro dei segretarii, precettori e bibliotecarii. Il Troplong è su quest'ultimo punto di diverso avviso (6); non fa alcuna difficoltà, ei dice, di applicare il nostro articolo ai segretarii ed a tutti gli agenti, i quali, mercè uno stipendio fisso ad anno, volgono la totalità del loro lavoro a pro di chi li paga. Ma è uopo ripeterlo, le parole *persona di servizio* impiegate dal nostro articolo non han senso diverso dalla parola *domestico* di cui erasi fatto uso sino al Codice civile. Or v'è al certo una differenza essenziale tra i do-

(1) Ved. l'atto di notorietà, alla sua data, nel Denizart (p. 108 e 109).
(2) Parigi, 14 termidoro anno II.
(3) Ved. Locrè (t. XVI, p. 383).

(4) Ved. C. di Aix, 21 marzo 1811; Cass. 13 gennaio 1835.
(5) Ved. C. di Tolosa, 7 dic. 1838.
(6) Troplong (*Priv. e ipot.*, n.142).

mestici propriamente detti, quelli il cui impiego, come dice altrove lo stesso Troplong (1) esclude le nobili tendenze dello spirito, e le persone distinte per la coltura della loro intelligenza, come sono i bibliotecarii i precettori, i segretari. È questa una prima ragione per respingere l'opinione emessa dal Troplong; e poi gli stessi motivi della legge ne forniscono una seconda. Ciò che vuole il legislatore consacrando il privilegio delle persone di servizio si è da una banda di porre in salvo in favore del creditore il salario, per altro ben modico, il quale costituisce d'ordinario la sua unica risorsa, e da altra banda dare appoggio al debitore, anche colpito nel suo patrimonio, ritenendo presso di sè, mercè una speciale garenzia, dei servitori cui la sua insolvibilità potrebbe allontanare; e procurandogli così per umanità delle cure e dei servigi che possono essere divenuti una necessità della vita. Come dunque, ciò posto, un bibliotecario, un precettore, un segretario potrebbero invocare il beneficio del privilegio! No! possono certamente; chè da una banda non sarebbe esatto in generale di dire a lor riguardo che il lor credito è poco considerevole, nè che esso costituisce a un di presso il loro unico avere; e da altra banda il debitore può essere privato, senza che la umanità ne sia ferita, dell'ufficio di un segretario, di un precettore, o di un bibliotecario.

83. Parimenti non si accorderà il privilegio al mandatario salariato per la sua provvigione o pei beneficii che gli si erano promessi nella impresa di cui ha avuto la gestione (2), chè il mandatario non può ad alcun titolo essere allogato nella classe delle persone di servizio. E per identità di ragione il privilegio sarà negato parimenti al commesso viaggiatore (3), il quale non è a vero dire che il mandatario della casa per conto della quale viaggia.

84. Ma si accorderà forse ai semplici commessi dei mercanti o negozianti? Ciò ha formato maggior dubbio e la giurisprudenza si è divisa su questo punto, avendo taluni arresti ammesso il privilegio (4), altri avendolo respinto (5). Nonpertanto la ragione stessa delle cose ci dice, che i primi arresti vanno al di là della legge. E di fermo è evidente che i privilegi qui stabiliti dai diversi paragrafi del nostro articolo son riservati, salvo in quanto concerne il privilegio delle spese giudiziarie (la cui causa è tutta speciale) per quelle spese che concernono specialmente *la persona* del debitore. Il che non potrebbesi applicare agli stipendii dei commessi dei mercanti o dei negozianti. I commessi non potrebbonsi dunque comprendere sotto la denominazione di persone di servizio, impiegate dal nostro articolo, e ciò che ben lo prova si è che la legge del 1838 sui fallimenti ha creduto necessario stabilire, in favore dei commessi, in un caso particolare un privilegio speciale pei salarii di sei mesi, privilegio al quale accorda lo stesso grado di quello delle persone di servizio. (Cod. di Comm., art. 549).

85. — La stessa osservazione e per gli stessi motivi si applicherà agli operai impiegati nelle fabbriche (6). Anche qui abbiamo arresti in senso contrario, i quali decidono che la denominazione persone di servizio abbraccia coloro che fanno un lavoro qualunque pel padrone che li impiega, e specialmente il vetturale o il sotto-piloto o il capo-operaio (7). Ma gli è aperto che questi impiegati, al par dei commessi dei mercanti, non sono addetti al servizio della persona, il che non permette di allogarli fra' servitori di che parla il nostro articolo; epperò si vede che il Codice di Commercio accorda ugualmente agli *operai* un privilegio speciale che, salvo la riduzione della garenzia ai salarii di un mese, è lo stesso di quello conferito ai commessi (med. art. 549), stabilendo virtualmente con ciò che gli operai come i commessi non rientrano nelle previsioni del n.° 4 del nostro articolo.

86. — Dopo esserci fissati sul pensiero della legge in quanto concerne le persone che han dritto al privilegio delle persone di servizio, ne dobbiamo ora indicare la estensione. A tal riguardo il testo è molto preciso; esso esprime che la sicurezza ha per oggetto i *salarii dell'annata scaduta e quel che è dovuto sull'annata corrente*. In vero l'art. 2272 ci dirà più oltre che l'azione dei domestici che si danno in fitto ad anno, pel pagamento dei loro salarii, *si prescrive con un anno*, il che sembra non andar di accordo col nostro articolo, il quale concede il privilegio pel salario di *più di un anno*. Ma i due testi si conciliano agevolmente, se si pensa che la prescrizione ha potuto cessar di decorrere, nei termini dell'art. 2274, allorchè evvi conto assodato, cedola, o obbligazione, ovvero citazione in giudizio non perenta; se si pensa ancora che qui

(1) Troplong, (Locazione, n. 791 e (segg. e n. 848).
(2) Rig., 8 genn. 1839.
(3) Montpellier, 12 giug. 1829.
(4) Metz, 4 magg. 1820; Lione 1. febb. 1831; Parigi 19 ag. 1834 e 15 febb. 1836
(5) Brusselles, 30 ag. 1844; Lione 6 magg. 1842; Trib. di Comm. della Senna, 28 genn. 1834.
(6) Cass. 10 febb. 1829; Bourges, 14 febb. 1823; Parigi, 30 lug. 1828, 1. agosto 1834, 29 marzo 1837; Lione 6 maggio 1842.
(7) Colmar, 10 dic. 1822; Rouen, 27 ag. 1825; Lione 25 apr. 1836.

trattasi di un credito a giorno fisso, la cui prescrizione giusta l'art. 2257 non decorre, sino a quando non sia giunto questo giorno fisso, vale a dire la fine dell'anno; e che così, tutto che l'azione dei domestici che si danno in fitto ad anno si prescriva con un anno, può benissimo stare che il padrone debba al domestico il salario di oltre un anno. In tale previsione ha statuito il nostro articolo, e si combina a meraviglia con le disposizioni della legge sulla prescrizione, allorchè rannoda il privilegio delle persone di servizio ai salarii dell'annata scaduta e di quanto è dovuto sull'annata corrente.

Che se i domestici si son locati a mese, a trimestre, o a semestre, il regolamento o la estensione del privilegio dovrà combinarsi allora con l'art. 22 1. In niun caso il loro credito come quello dei domestici ingaggiati ad anno non sarà privilegiato oltre il salario dell'annata scaduta e di quanto è dovuto sull'annata corrente, ed anzi sarà mestieri, perchè il privilegio lor sia accordato in tale misura, che il loro credito sia stato conservato con la interruzione della prescrizione, la quale a loro riguardo è fissata a sei mesi. Se àn trascurato di interrompere la prescrizione, il privilegio non avrà luogo che pei salarii di sei mesi o per la porzione del loro credito non estinta con la prescrizione (1). Taluni autori si spingono sino a dire che il nostro articolo non è fatto per tal caso e che il privilegio da esso consacrato non è dovuto al credito delle persone di servizio che in quanto sono ingaggiate ed abbian dato in fitto l'opera loro ad anno (2). È evidente per noi che tale non è stato il pensiero della legge. È sufficiente perchè il benefizio del privilegio da esso qui stabilito sia acquistato al credito, che siffatto credito appartenga a persone di servizio, a domestici, e che abbia il suo principio e la sua causa nei salarii che il padrone doveva loro pagare. La legge non esige dippiù; e se essa conta per *anno* la somma dei salarii privilegiati è evidentemente per fissare il tempo più lungo, al quale possa estendersi il privilegio dei salarii e non mica per far dell'impegno ad anno la condizione del privilegio. La distinzione che si vuole stabilire sotto tale rapporto, tra gli stipendi pagabili dopo scaduto l'anno e quelli pagabili a mese, a trimestre, a semestre, non ha ragione di esistere, poichè incontestabilmente i servitori che si ingaggiano ad anno non sono più favoriti di quelli che si danno in fitto per frazioni minori di tempo.

87. — In tutti i casi a ragione dei loro salarii soltanto le persone di servizio àn dritto al privilegio stabilito dal n° 4 del nostro articolo. La stessa sicurezza non dovrebbesi dunque accordare per gli *anticipi* che i domestici fanno talvolta pel servizio della famiglia (3). Questi *anticipi*, secondo l'occorrenza ben possono esser garentiti dal privilegio che il n° 5 del nostro articolo accorda ai fornitori di sussistenze; p. es., se gli anticipi sienai fatti per comprare alimenti; ma non costituiscono nè un credito di salarii e neppure accessorii del credito per salarii; il n.° 4 del nostro articolo non potrebbe dunque a niun titolo esser loro applicato.

VI. — 88. *Delle forniture di sussistenza.* — La legge colloca in quinto ed ultimo grado i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili (e sussidiariamente sugl'immobili) le forniture di sussistenza fatte al debitore ed alla famiglia. Il privilegio qui procede dalla stessa causa di quelli delle spese funerarie e delle spese qualichessieno dell'ultima malattia (*supra*, n. 71 e 76): la legge vuole che la tema di perdere non distolga i mercanti dal pensiero di fornire al debitore quello di che abbisogna per la sua vita giornaliera. Ma qui trattasi di quelle spese che debbonsi pagare senza ritardo, e per le quali più particolarmente il creditore segue la fede del suo debitore, ecco perchè accordando un privilegio che premunisca il creditore contro una decadenza assoluta del suo dritto, il legislatore non gli dà non pertanto che l'ultimo grado fra' creditori privilegiati sulla generalità dei mobili.

89. È uopo domandarsi in pria quali sono i creditori che han dritto a questo ultimo privilegio stabilito dal nostro articolo. A tal riguardo la disposizione è precisa; essa dichiara privilegiate « le forniture di sussistenze fatte al debitore ed alla sua famiglia, cioè: durante gli ultimi sei mesi, dai *mercanti a minuto*, quali i panettieri, i macellai ed altri; e durante l'ultimo anno dai *locandieri* e dai *mercanti all' ingrosso*. » Così i mercanti all'ingrosso, i mercanti a minuto, i locandieri, son coloro il cui credito per forniture di sussistenza è dichiarato privilegiato. Forse il credito del locandiere, a causa delle sue forniture di sussistenza non presenta in sè stesso sufficienti motivi per giustificare il favore di che gode, epperò si vede che il privilegio non gli è stato conservato dalla legge Belga del 16 dicembre 1851, che ha riformato il regime ipotecario nel Belgio (4). Checchè ne sia, questo credito è privilegiato appo noi allo stesso titolo di

(1) Duranton (t. XIX, n. 59), Valette (n. 33), Mourlon (n. 79).
(2) Segnatamente Troplong (n. 142).

(3) Delvincourt (t. II, p. 270, nota), Persil (art. 2101, n 4, n. 3) e Dalloz (loc. cit. n. 11).
(4) L'art. 19 di questa legge dichiara privilegiate

quelli dei mercanti all'ingrosso ed a minuto. Ma non è permesso andar al di là delle previsioni della legge. Essa parla di mercanti all'ingrosso ed al minuto; non saran dunque considerate come privilegiate le forniture che si fossero fatte da un particolare non mercante (1); costui potrà secondo l'occorrenza godere del privilegio speciale che l'articolo 2102 consacra in favore del venditore di effetti mobiliari non pagati, ma non già per esso è stato stabilito il privilegio generale dell'articolo in disamina. La legge parla in seguito dei *maestri di pensione*, il privilegio adunque non sarebbe accordato ai maestri o istitutori che danno lezione a mese o a biglietto, laddove abbian fatto forniture della specie che la legge ha in mira.

90. Del resto consacrando il dritto dei maestri di pensione e dei mercanti, vuoi all'ingrosso, vuoi a minuto, il nostro articolo fa tra loro una notevole differenza in quanto alla misura nella quale è conceduto questo dritto; mentre che i padroni di pensione e i mercanti all'ingrosso àn privilegio a causa delle forniture fatte *durante l'ultimo anno*, i mercanti a minuto non sono privilegiati che per le loro forniture *degli ultimi sei mesi*. È questa una reminiscenza del nostro antico dritto constatata dalla consuetudine di Parigi, il cui art. 126 stabiliva la prescrizione di *sei mesi* per l'azione « dei mercanti, rigattieri ed altri venditori di mercanzie e derrate *a minuto*... » mentre che l'articolo 127 estendeva *ad un anno* la prescrizione dell'azione dei « tappezzieri, merciai, speziali, orefici od *altri mercanti all'ingrosso*; » soltanto ciò non era presente alla mente dei redattori del Codice, allorchè discutevano il titolo della *Prescrizione*, la cui promulgazione avea preceduto di quattro giorni quella del titolo delle *Ipoteche*; chè sopprimendo allora ogni distinzione tra' mercanti in grosso e quelli a minuto, essi avevan detto in modo generale all'art. 2272 che l'azione dei padroni di pensione e « quella dei mercanti » si prescrivono *con un anno*. Di qui risulta che il nostro articolo non è interamente in rapporto (tutto che il Troplong sembri sopporre il contrario) (2) con l'art. 2272. Ciò è ben evidente, poichè se il termine della prescrizione o la misura del privilegio van di accordo in quanto concerne i padroni di pensione e i mercanti all'ingrosso, non è lo stesso riguardo ai mercanti a minuto, la cui azione si prescrive altresì *con un anno*, mentre che il privilegio non li protegge che per le loro forniture degli ultimi sei mesi.

Ciò posto, si è domandato quale sarebbe la misura del privilegio del mercante all'ingrosso che avesse fatto una fornitura a minuto, o reciprocamente del mercante a minuto che avesse fatto una fornitura all'ingrosso. A parer nostro la quistione non offre un dubbio serio; bisognerà sempre prendere in considerazione la natura della fornitura e non mai la categoria alla quale appartiene il mercante (3). Così un mercante all'ingrosso di generi coloniali ha fatto al debitore forniture di apezieria a minuto, sarà mestieri consultare la data di queste forniture; se non rimontano al di là di un anno, l'azione del mercante assisterà pel tutto, perchè la prescrizione non' si acquista che con un anno contro i mercanti indistintamente, sia che vendano all'ingrosso, sia che vendano a minuto; ma tuttochè il venditore qui sia mercante all'ingrosso, siccome nella specie ha venduto a minuto, il suo credito non sarà privilegiato che per le forniture degli ultimi sei mesi, e sarà semplicemente chirografario per le forniture fatte durante i sei mesi precedenti.

91. Che bisogna intendere per gli *ultimi sei mesi* o per *l'ultimo anno*? Senza alcun dubbio l'ultimo anno o gli ultimi sei mesi s'intendono qui non solo di quelli che àn preceduto la morte del debitore, ma ancor di quelli che ne àn preceduto vuoi il fallimento, vuoi la decozione (4). Ci rapportiamo a tal riguardo a quanto abbiamo detto ad occasione del privilegio per ispese quali che sieno dell'ultima malattia (ved. supra n. 76); soltanto i punti di partenza debbono essere fissati con precisione, di modo che il privilegio del creditore, qualunque sia l'avvenimento che dà luogo alla distribuzione dei danari non si estende giammai oltre nè ad altra cosa tranne le forniture, vuoi dell'ultimo anno, vuoi degli ultimi sei mesi, secondo che trattasi di un mercante all'ingrosso o al minuto. Così il debitore è morto, il punto di partenza rimontando in dietro sarà la morte, e le forniture privilegiate saran quelle che si saran fatte, vuoi nell'anno, vuoi nei sei mesi che ànno immediatamente preceduto tale avvenimento; il debitore è in istato di fallimento, il punto di par-

le forniture di assistenza fatte durante i sei mesi senza enunciare le persone da cui le forniture debbano essere state fatte; ma risulta dalla discussione che quelle fatte dai locandieri più non sono privilegiate nel Belgio. — Ved. il *Comm. legis.* pubblicato dal Delebecque.

(1) Grenier (t. II, n. 301), Persil (art. 2101, § 5, n. 5 e 7), Duranton (t. XIX), Dalloz (*loc. cit.* n. 13 e 17), Taulier (t. VII, p 134, 135), Troplong (n. 147 bis).

(2) Troplong (n. 145).

(3) Persil (2101, § 5, n 5), Dalloz (loc. cit. n. 11). — Ved. nonpertanto Delvincourt (t. III, p. 271, note) e Duranton (t. XIX, n. 61 alla nota).

(4) Parigi 28 genn. 1812; Limoges 9 giug. 1812 Bordeaux, 28 ag. 1814.

tenza sarà la dichiarazione del fallimento, poichè a contar da essa i soccorsi alimentarii pel fallito e per la sua famiglia saran fissati dal giudice commissario sulla proposizione dei sindaci (art. 474 cod. di comm.) il debitore è in istato di decozione, il punto di partenza sarà la data della produzione dei suoi titoli per parte del creditore, ma con atto contenente domanda in collocazione, giusta l'art. 660, Cod. di proc. (1). Il privilegio non potrebbe dunque applicarsi a forniture diverse da quelle fatte durante l'anno, o durante i sei mesi che hanno immediatamente preceduto l'una o l'altra di queste date, secondo che si sarà nel tale o nel tal altro caso. La Corte di Bordeaux (2) ha ben giustamente deciso in questo senso, che il fornitore non può far rimontare il suo privilegio sino al principio di un periodo di sei mesi precedente un acclaramento di conti tra lui e il debitore. Ritroviamo lo stesso principio in un altro arresto(3), il quale si spinge sino a decidere, che il privilegio non può essere reclamato per le forniture anteriori anche quando siavi stata azione in pagamento intentata contro il debitore pria dello spirar dei sei mesi o dell'anno. Ciò è ben giusto in merito; ma non bisognerebbe spingere la soluzione sino ad un estremo rigore; e se una volta introdotta l' azione in giudizio, se ne trovasse differito il risultato per effetto delle sentenze giudiziarie, sin dopo lo spirar dei sei mesi o dell'anno, vi sarebbe flagrante ingiustizia a spogliare il creditore di un privilegio di cui, per quanto è stato in lui, ha voluto assicurarsi gli effetti (4).

92. — Le forniture che il nostro articolo dichiara privilegiate son limitate anche sotto un altro punto di vista: esse non sono privilegiate che in quanto sien fatte al *debitore ed alla sua famiglia*, e consistano in forniture di *sussistenza*. Sotto entrambi i rapporti il pensiero della legge debbe essere precisato.

La legge parla in pria del *debitore* e della *sua famiglia*; non pertanto le somministrazioni che si fossero fatte p. es. ad un albergatore, saran privilegiate per la porzione che si presumerà essersi consumata dall'albergatore stesso e dalla sua famiglia; nol saranno per la porzione che si sarà impiegata al nutrimento dei viaggiatori (5). Sarà altrettanto per le forniture fatte ad un maestro di pensione; privilegiate nella misura di quel che ne avrà consumato egli stesso per sè e la sua famiglia, nol saranno pel dippiù, vale a dire per quel che sarà stato applicato pel bisogno dei professori e degli allievi dello stabilimento (6). I viaggiatori dell'albergo ed i maestri o allievi del pensionato sono evidentemente fuori della famiglia che sola ha preoccupato la mente del legislatore. Ma la famiglia comprende al certo non solo i figli, anche maggiori, del debitore se coabitano con lui, e se non han separati i loro interessi da quelli del genitore; ma sibbene gli ascendenti e tutti i parenti o affini che il debitore ha con sè in casa e che costituiscono la famiglia di cui è il capo (7) ed altresì i domestici e persone di servizio che abitualmente nutrisce.

La legge parla dappoi di *sussistenze*, e con ciò sarà mestieri intendere tutto quel che necessita pel consumo giornaliero di casa in derrate alimentarie o pur no. Così il privilegio non si applicherà alle somministrazioni di abiti, e tutto che sia penoso di ricusare la sicurezza del privilegio per gli abiti almeno necessarii, non v' è ad esitare, non potendo la parola *sussistenze* ad alcun titolo applicarsi nel nostro linguaggio agli oggetti di cui ci serviamo per vestirci. Ancor meno si considereranno come privilegiate le forniture di libri, carta, penne ed altre di simil genere che i maestri di pensione son soliti di fare ai loro allievi. Parimenti non si riguarderà come privilegiato il credito dei professori a mese o a biglietto, vuoi a causa delle forniture dello stesso genere che avessero potuto fare ai loro allievi, vuoi a causa delle lezioni che han dato. — Ma le somministrazioni fatte per la illuminazione, il riscaldo, la cottura degli alimenti, per lavatura, sono forniture di sussistenza allo stesso titolo delle forniture alimentarie, perchè rientrano nelle cose *necessarie* al consumo domestico, al pari delle forniture alimentarie, di cui sono gli accessorii naturali ed indispensabili; soltanto qui come per le spese funerarie e per quelle dell'ultima malattia, di cui abbiam più sopra parlato, sarà mestieri tener conto della posizione sociale del debitore, e non accordare il privilegio che sol quando le forniture avessero un' indole di vera necessità, avuto riguardo a siffatta posizione. Come ben s'intende, non v'è regola precisa a tracciare in questo ordine di idee; tutto è lasciato alla valutazione dei tribunali i quali, in loro saggezza, sapran meglio dar soddisfazione agl'interessi in contesa.

(1) Sic Valette (n. 33).
(2) Ved. l'arresto già citato del 28 ag. 1844.
(3) Ved. l'arresto pria citato di Limoges, 9 giug. 1842.
(4) Ved. Duranton, (t. XIX, n. 63).
(5) Rouen. 14 lug. 1819; Lione, 14 dic. 1832; Rig. 27 febb 1833.
(6) Parigi, 3 marzo 1838.
(7) Persil (art. 2101, § 3, n. 4), Dalloz (loc. cit, n. 15), Valette (n 33.)

§ II. — Dei privilegi su taluni mobili.

93. — Il Codice dopo avere enumerato i privilegi generali sui mobili e sussidiariamente sugl'immobili, passa alla seconda categoria dei privilegi, vale a dire ai privilegi speciali su taluni mobili. Un solo articolo, il 2102, è consacrato alla enumerazione dei privilegi di questa seconda categoria. Non bisogna credere non pertanto che questo articolo li enumeri tutti; ve ne sono altri stabiliti dal dritto commerciale e che si possono rannodare all'art. 2120 Cod. nap.; ecco perchè cominceremo il presente paragrafo col comentario di quest'ultimo articolo il quale, tuttochè scritto nel capitolo delle *Ipoteche* va più convenevolmente allogato nella materia dei *privilegi*, come dimostreremo al n.° seguente.

2120 [2006] Nulla è innovato dal presente Codice alle disposizioni delle leggi marittime concernenti i navigli e bastimenti marittimi (a).

SOMMARIO.

I. Il nostro articolo appartiene alla materia dei privilegi; ecco perchè non seguiremo l'ordine del Codice, che l'ha classificato nel capitolo delle ipoteche.
II. *Privilegio sui navigli ed altri legni marittimi.* — Questi privilegi sono enumerati nell'ordine con cui si esercitano dall'art. 191 Cod. di Comm. — Testo di questo articolo ed osservazioni particolari a taluni di questi debiti privilegiati che esso enumera.
III. *Privilegio sul nolo.* — Ha per oggetto di assicurare il pagamento dello stipendio dei marinari. Modo di esercizio del privilegio. — Art. 271, C. Comm.
IV. *Privilegio dei creditori risultante dal contratto di noleggio.* — Art. 280 C. Comm., concorso di questo privilegio col precedente.
V. *Privilegio sul carico.* — È questo accordato al capitano pel suo nolo. Art. 307 e 308 C. comm. — Condizioni alle quali è conservato il privilegio. — Del suo obbietto. — Del suo rango.
VI. Di taluni altri privilegi stabiliti dalle leggi sul commercio in generale: — *Privilegio dei commessionarii.* C. comm., art. 93 e segg.; rinvio. — 2° *Privilegio dei commessi ed operai* nel caso preveduto dall'art. 549, C. di Comm.; rinvio; — 3° *Privilegio della città di Parigi sulle cauzioni dei macellai*, ecc., decreto del 7 febb. 1811 e 15 maggio 1813; — 4° *Privilegio dei fattori del mercato delle farine sul deposito di garentia dei panettieri*, decreto del 27 febb. 1811; — 5° *Privilegio sulle cauzioni dei direttori di teatro*; ord. ministeriale del 28 sett. 1833.

I. — 94. Il Codice alloga il nostro articolo nel capitolo delle Ipoteche, il che tenderebbe a far credere che possa trattarsi di *ipoteche* sui *navigli* ed altri *legni*. È ben chiaro nonpertanto che i soli dritti di preferenza, di cui possa esser qui quistione non saranno altro che *privilegi*, poichè i navigli ed altri legni (marittimi son dichiarati mobili dalla legge Cod. di Comm. art. 190 e Cod. Nap. art. 531), e collocati quindi fuor della categoria dei beni suscettibili di ipoteca (Cod. Nap. art. 2118 e 2119). Ecco perchè noi invertiamo l'ordine degli articoli del Codice; seguiremo in ciò l'esempio della legge belga del 16 dic. 1851, la quale riformando il sistema ipotecario del Belgio, si è allontanata in quanto al nostro articolo dall'ordine del Codice; soltanto la legge belga colloca questo articolo fra le disposizioni generali sui privilegi e le ipoteche, e noi lo allogniamo nel capitolo dei privilegi al quale più particolarmente si rannoda.

II. — 95. *Privilegio sui navigli ed altri legni marittimi.* — Le leggi marittime alle quali erasi rapportato il nostro articolo, sono state dappoi rifuse nel libro 2.° del Codice di Commercio, e le disposizioni speciali che aveva principalmente in mira, situato com'è nel titolo relativo alle cause legittime di preferenza tra' creditori, si sono riprese negli art. 191 e seg. di questo Codice, in cui è regolata la materia dei *privilegi sui navigli ed altri legni marittimi*. Vediamo dunque, senza insistervi nonpertanto oltre di quanto conviene al nostro quadro ed al nostro subbietto, quel che risulta da tali articoli.

96. I debiti privilegiati sui navigli ed altri bastimenti di mare sono enumerati dall'articolo 191 Codice di Comm. in una serie di undici numeri, di cui quattro o cinque soltanto àn fatto sorgere qualche difficoltà. Diciamo in pria, che questi privilegi speciali si esercitano secondo l'art. 191 nell'ordine stesso in cui sono enumerati, salvo il caso d'insufficienza del prezzo, caso in cui tutti i creditori designati del detto articolo vengono, giusta i termini dell'ultimo suo §, in concorrenza, e salvo altresì il caso in cui dei creditori di differenti ordini mutassero tra loro l'ordine stabilito dalla legge, a patto non pertanto che l'inversione si faccia sino alla debita concorrenza, vale a dire nel limite del credito di un ordine preferibile, al montare del quale dovrebbe esser ristretto quello di un ordine inferiore che gli fosse sostituito (1).

97. Ecco ora nell'ordine stesso in cui sono enumerati dall'art. 191 i debiti dichiarati privilegiati da tale articolo.

1° le spese giudiziarie ed altre fatte per giungere alla vendita o alla distribuzione del prezzo; — il primo grado doveasi assegnare a siffatto debito, il quale nei termini del dritto comune gode di un privilegio generale, (Ved. il comm. dell'art. 2101);

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

(1) M. G. Massé (*Dritto comm. nei suoi rapp. col dritto delle genti e col dritto civile*, t. VI, n.° 601).

2° i dritti di pilotaggio, tonnellaggio, cala, ancoraggio, bacino e antibacino — privilegio in favore del tesoro pubblico, ma che non pertanto giova a coloro che giustificano aver soddisfatto i dritti in discarico dei debitori (1);

3° i dritti del custode e le spese di custodia del bastimento dal suo ingresso nel porto sino alla vendita; — privilegio che si estende a tutto il naviglio, tutto che la custodia non si applichi che ad una parte, la chiglia o gli attrezzi, salvo il caso in cui si fossero vendoti separatamente (2);

4° il fitto dei magazzini in cui trovansi depositati i cordami e gli attrezzi; privilegio indipendentemente dal quale il loratore ha altresì un dritto di pegno sui cordami di cui fosse detentore (3);

5° le spese di manutenzione del bastimento e dei suoi attrezzi dall'ultimo suo viaggio e dopo il suo ingresso nel porto;

6° e 7° gli stipendii del capitano ed altro persone dell'equipaggio impiegate nell'ultimo viaggio; le somme prestate al capitano pei bisogni del legno durante l'ultimo viaggio, ed il rimborso del prezzo delle mercanzie da lui vendute per lo stesso oggetto; — questi privilegi non àn luogo che in quanto i debiti sian nati durante l'ultimo viaggio; non potrebbero dunque esercitarsi, se i debiti si fossero contratti in un viaggio anteriore (4). Ma allorchè il privilegio è nel caso di essere esercitato, basta che i creditori giusfifichino la necessità degli impronti, nei termini e secondo le condizioni determinate dall'art. 192, n. 5, Cod. di Comm. perchè il loro dritto non possa essere contestato. La circostanza che il capitano per infedeltà o per tutt'altra causa avesse impiegato i fondi tolti ad impronto a destinazione diversa da quella alla quale erano affetti, non potrebbesi opporre ai creditori, chè essi non debbono giustificare la utilità dello impiego per essere ammessi ad esercitare il loro dritto (5). Del resto nel caso in cui più impronti si fossero fatti durante lo stesso viaggio, coloro che li àn dati a prestito verrebbero in concorrenza tra loro, se avessero prestato simultaneamente ma se gl'impronti fossero stati successivi, l'ultimo prestito sarebbe preferito, come più utile, in quanto che avrebbe conservato la cosa (6).

8° Le somme dovute ai venditori, fornitori ed operai impiegati alla costruzione, se il naviglio non abbia ancor fatto viaggio, o le somme dovute ai creditori per forniture, lavori, manodopera, raddobbo, vettovaglie, armamento ed equipaggio, pria della partenza del naviglio se abbia già navigato. — Ma questo privilegio è perduto, dacchè il naviglio ha fatto un viaggio per conto dell'acquirente, ed è perduto in modo assoluto, vale a dire non solo rispetto agli altri creditori privilegiati, ma altresì, contrariamente alla dottrina emessa da Emerigon (t. II, cap. 2, sez. 4, n. 7), sotto l'antico dritto, rispetto ai creditori ordinarii dell'acquirente (7). Il privilegio è perduto parimenti, o meglio non esiste per gli operai e per coloro che àn fatto somministrazioni ad un costruttore di navigli, allorchè costui lavorava a cottimo e non per suo proprio conto, almeno quando gli operai e i fornitori àn conosciuto siffatta circostanza (8). Taluni autori ed arresti spingendosi più oltre àn deciso che, sol perchè il costruttore lavora a cottimo, gli operai ed i fornitori non àn privilegio, ancorchè abbiano ignorato il contratto fatto dal costruttore ed abbiano potuto credere che costui lavorava per suo proprio conto (9). Ma questa dottrina è generalmente contraddetta (10) e ben a ragione; chè per essa gli operai ed i fornitori sono esposti a divenir vittime di fraudolente collusioni tra il proprietario ed il costruttore, senza aver alcun mezzo di impedirle. Del resto, il prezzo dell'assicurazione debbesi considerare come rappresentante il naviglio; di talchè venendo a perire il naviglio assicurato, gli operai e fornitori conservano il loro privilegio sul prezzo (11);

9° le somme prestate a cambio sul corpo, chiglia, cordami, attrezzi, raddobbo, vettovaglie, armamento, equipaggio pria della partenza; e dacchè un tal contratto è formato, sussiste il privilegio, tutto che il contratto venga ad infrangersi pria di essere cominciato il rischio; sussisto, se non in quanto al cambio marittimo al quale il prestatore non ha più alcun dritto in seguito della rottura del con-

(1) Ved. Persil (art. 2102, § 7, n.° 5).

(2) Ved. Lucrè (t. 1, p. 15).

(3) Ved. Boulay-Paty (t. I, p. 114) o Pardessus (n.° 915).

(4) Ved. Boulay-Paty (t. I, p. 115); — Ved. pure Aix, 21 nov. 1833.

(5) V. Valin sull'art 7. tit. del Contr. di cambio, Pothier (Contr. di cambio marit.). Emerigon (t. II, cap. sez. 4, § 7); — Ved. pure Boulay-Paty (t. I, p. 119), Pardessus (n. 916), G. Massè (loc. cit. n. 586).

(6) Ved. Persil (art. 2102, § 7, n. 11) e G. Massè loc. cit).

(7) Ved. Aix. 17 lug. 1828; — Ved. pure Valin (sull'art. 17, tit. 14) e Boulay-Paty (t. I, p. 122 e segg.), Dalloz (Rep. v. Ipot. e priv. cap. I sez. 2, art I. n. 8).

(8) Poitiers, 25 apr. 1846.

(9) Rennes, 7 mag. 1818; Rouen 31 magg. 1826 — Ved. pure Persil (quist. cap. 4, § 4) o Favard (v. Privilegio, sez. 1, § 2, n. 19).

(10) Caen 21 marzo 1827; Aix 30 mag. 1829 e Boulay-Paty (t. I, p. 124 e segg.); Pardessus (n. 603); Delvincourt (t. II, p. 185), Dalloz (loc. cit., n. 9) — Ved. pure Emerigon (t. II, cap. 12, sez 3), Valin (sull'art. 17, tit 24).

(11) Bordeaux 28 gen. 1839 e Valin (art. 3, tit. 12, lib. 1. dell'ord. di marina). — Ved. pure Emerigon (t. II, cap. 12, sez 7) e Boulay-Paty (t. 1, p. 135), Delvincourt (p. 186); Pardessus, n. 957 e Dalloz (loc. cit. n. 11).

tratto, almeno in quanto all'interesse ordinario il quale non cessa dall'essere dovuto (1). E di fermo il privilegio è la condizione, non già del rischio, ma del prestito. Altrimenti sarebbe ed il privilegio cesserebbe di esistere, se le parti convertissero il contratto in un prestito ordinario (2);

10° l'ammontare dei premii di assicurazione fatti sul corpo, chiglia, cordame, attrezzi e sull'armamento ed equipaggio del naviglio, dovuti per l'ultimo viaggio, ma allorchè il naviglio è stato assicurato per un sol viaggio, con limitazione di tempo, il privilegio non è ristretto al premio dovuto per l'ultimo viaggio; esso si estende alla totalità dei premii senza alcuna distinzione dei viaggi fatti sino allo spirar del tempo limitato, i quali debbonsi considerare, rispetto all'acquirente come un solo e medesimo viaggio: non è questo il caso di applicare la presente disposizione dell'articolo 191 (3);

11. Da ultimo i danni-interessi dovuti a' noleggiatori pel manco di consegna delle mercanzie che àn caricate o per rimborso delle avarie sofferte per le dette mercanzie per colpa del capitano o dell' equipaggio.

98. Dopo aver così enumerato i debiti privilegiati sui navigli ed altri legni di mare ed aver fissato l'ordine nel quale si esercitano i diversi privilegi (*ved.* n. 61) il Codice di Comm. si occupa delle forme da seguirsi per constatare l' esistenza dei debiti privilegiati o dei diversi modi di estinzione dei privilegi: ciò forma l'obbietto degli art. 192, 193 e 194. Noi ci limitiamo a rinviare a questi articoli, le cui disposizioni si spiegano da sè stesse, e passiamo ad altri privilegi regolati ancora dalle leggi marittime alle quali si riferisce il nostro art. 2120.

III. — 99. *Privilegio sul nolo.*—L'art. 271, Cod. di Comm. confermando la disposizione contenuta nel n. 6 dell'art. 191 ed aggiungendovi, dichiara che non solo il naviglio, ma anche il nolo, è specialmente affetto agli stipendii dei marinari. Nonpertanto nell'uso il privilegio non si esercita cumulativamente sul naviglio e sul nolo. Se le cose sono integre, gli stipendii della ciurma saran pagati in pria sul nolo, essendo questa una risorsa liquida; il naviglio che sarebbe mestieri vendere, non è colpito che dopo, sussidiariamente ed in caso d'insufficienza. Ma se siavi stato naufragio, i dritti dei marinai si eserciteranno in pria sugli avanzi che avessero potuto salvarsi, ed il nolo a sua volta non sarà colpito che sussidiariamente ed in caso d'insufficienza degli avanzi, se il nolo si fosse anteriormente in cassato (4).

IV. — 100. *Privilegio dei creditori risultante dalla polizza di carico.*— Ai termini dell'art. 280 C. di Com., il naviglio, il cordame e gli attrezzi, il nolo e le mercanzie caricate, sono rispettivamente affetti alla esecuzione delle convenzioni delle parti. Questo privilegio, come ben si vede, si estende agli oggetti che formano specialmente il pegno della ciurma pei suoi stipendii (*ved.* il n. prec.). Ma quest'ultimo è preferibile, ed in tutti i casi il nolo su cui ricade in particolarità, non può essere assorbito, in pregiudizio dei marinari, o anche diminuito per effetto di particolari convenzioni della polizza di carico, che è loro del tutto estranea (5).

V. — 101. *Privilegio sul carico.* — Gli art. 307 e 308 Cod. di Com. accordano privilegio al capitano per la sua cappa sulle mercanzie di suo carico per 15 giorni dalla consegna di esse, se non sieno passate in mani terze. Così il capitano perde il suo privilegio, e lo perde anche pria di spirar la quindicina, allorchè si è spogliato delle mercanzie affette ad un tal privilegio e quando son passate in mani terze. Le mercanzie si reputerebbero passate in mani terze, sol perchè dopo essersi consegnate dal capitano al commissionato sotto il cui nome è il riconoscimento, si fossero da quest'ultimo spedite per conto di un terzo al quale già appartenevano, e di cui il commissionario non era che il rappresentante (6).

102. Il privilegio non è accordato al capitano che per la cappa. Epperò non avrebbe luogo pel prezzo dovuto dal passaggiere a causa del suo posto (7), nè pel mezzo nolo dovuto da colui che carica *a colletta*, allorchè le mercanzie sono da costui ritirate pria della partenza (8). Ma debbe essere accordato relativamente allo intero nolo, allorchè le mercanzie son ritirate durante il viaggio, almeno per la porzione di nolo corrispondente alla parte di viaggio effettuata (9).

103. Il privilegio, ai termini della legge si esercita sulle mercanzie del carico. Su di che è uopo osservare col Pardessus che, se lo stesso noleggiatore ha caricato diverse specie di mercanzie sotto differenti riconosci-

(1) Caen 28 febb. 1814 o Emerigon (t. II. cap. 12. sez. 2). — Ved. pertanto Boulay Paty (t. I. p. 141 e segg.), Persil (quisi t. 1, p. 69), Dalloz (loc. cit. n. 12).

(2) Ved. l'arresto già citato della Corte di Caen, 28 febb. 1844.

(3) Ved. Rouen, 7 lug. 1828, e M. G. Massè (loc. cit. n. 591).

(4) Trib. di Marsiglia. 6 apr. 1830 (ved. Giornale di Marsiglia, 11, 1, 235). Conf. M. Massè (loc. cit., n. 602).

(5) Ved. Pardessus (n. 960).

(6) Rig. 9 giugno 1845.

(7) Trib. di Bordeaux, 20 dic. 1824 (ved. *Mémorial* 2, 113).

(8) Ved. Boulay Paty (t. III, p. 389), Dageville (t. II, p. 392), Devilleneuve e Massè (v° nolo. n. 136).

(9) Ved. Boulay-Paty (loc. cit., Devilleneuve e Massè (ibid. n. 137).

menti, il privilegio perduto non si trasporta sulle mercanzie di un altro, tutto che facienti parte dello stesso carico, mentre che se la totalità si fosse caricata mercè un solo riconoscimento, ed una porzione fosse passata in mani terze, il rimanente delle mercanzie resterebbe affetto al privilegio, anche per la parte alienata, tutto che vi fossero differenti prezzi per ciascuna cosa (1).

104. Da ultimo il privilegio del capitano la vince su tutti; epperò il capitano debb'essere pagato del suo nolo anche pria del commissionario pei suoi anticipi, anche pria del venditore pel suo prezzo: le somme dovute per nolo venendo in certo modo in diminuzione della cosa, trovansi così dovute dalla cosa stessa anche meglio che dallo speditore o dal proprietario; donde segue che il primo non potrebbe esercitare il suo privilegio, nè il secondo il suo dritto di revindica, senza aver previamente pagato la somma dovuta pel nolo (2).

VI. — 105. Tali sono i privilegi consacrati dalle leggi sul commercio marittimo, alle quali il nostro articolo particolarmente si riferisce. Ma per completare la serie dei privilegi in materia commerciale ne indicheremo taluni altri stabiliti dalle leggi relative al commercio in generale.

106. *Privilegio del commissionario.*—Qualunque commissionario che ha fatto anticipi su mercanzie a lui spedite da un'altra piazza per esser vendute per conto di un committente ha privilegio pel rimborso dei suoi anticipi, interessi e spese sul valore delle mercanzie, se esse sono a sua disposizione, nei suoi magazzini o in un pubblico deposito, o se pria che sieno giunte possa constatare mercè riconoscimento o polizza di carico, la spedizione che gliene è stata fatta. Tale è la disposizione dell'articolo 93, Cod. di Comm. L'art. 94 completa il pensiero, aggiungendo che, se le mercanzie sono state vendute e consegnate per conto del committente, il commissionario si rimborsa sul prodotto della vendita del montare dei suoi anticipi, interessi e spese in preferenza dei creditori del committente. In queste disposizioni la legge commerciale rileva un caso particolare di pegno, in favor del quale, per favorire la spedizione delle mercanzie da una piazza all'altra, essa stabilisce una notevole derogazione al dritto comune, in quanto che fa risultare la costituzione del pegno ed il privilegio che ne è la conseguenza, dalla semplice spedizione, concorrendo per altro con le altre determinate circostanze, senza che siavi d'uopo di questo atto pubblico o sotto privata scrittura debitamente registrata, fuori del quale, nei termini del dritto comune, consacrato dall'articolo 2074 del Cod. Nap., il privilegio non può aver luogo, dacchè trattasi di valori eccedenti 150 fr. Questioni abbastanza gravi si sono elevate ad occasione di tale disposizione eccezionale; ma la necessità di combinare ad ogni istante, per risolverle, le regole speciali di questi articoli coi principii del dritto comune al quale esso derogano, ce ne ha fatto allogare la discussione sotto gli articoli 2074, 2075, e 2084 Cod. Nap. (*Vedi il Comentario—Trattato del pegno*).

107. *Privilegio dei commessi e degli operai nel caso di fallimento del padrone.* — Ai termini dell'articolo 149, Cod. di Comm., il salario acquistato agli operai addetti direttamente dal fallito, durante il mese che avrà preceduto la dichiarazione di fallimento, debb'essere ammesso nel numero dei creditori privilegiati, al rango stesso del privilegio stabilito dall'art. 2101 Cod. Nap. pel salario delle persone di servizio, e i salarii dovuti ai commessi pei sei mesi che àn preceduto la dichiarazione di fallimento debbono essere ammessi allo stesso rango. Ci siamo spiegati a tal riguardo nel comentare l'art. 2101 (*supra* n. 84 e 85).

108. *Privilegio della città di Parigi sulla cauzione dei macellai.*—Il decreto del 16 febbraio 1811 relativo al commercio della carne nel dipartimento della Senna dispone col suo articolo 31, che la città di Parigi avrà privilegio sulla cauzione dei macellai e sul valore estimativo delle macchine vendute a terze persone, o soppresse e ricomprate dal Commercio della macelleria e su quanto sarà loro dovuto per carne fornita, e che un tal privilegio avrà luogo sino alla concorrenza del montare del credito accordato ai macellai, in forza degli articoli 19 e segg. del decreto, e delle somme rimaste arretrate in virtù di dilazioni accordate.—Un altro decreto del 15 maggio 1813 relativo agl'improntí fatti dalla Cassa di Poissy al mercato delle vacche grasse ed al mercato dei vitelli, ha aggiunto che il privilegio della città di Parigi ricadrebbe ugualmente sui crediti dei macellai per pelli e sego (art. 4).

109. *Privilegio dei fattori del mercato delle farine sul deposito di garenzia dei panettieri.*— Questo privilegio è regolato da un decreto del 27 febbraio 1811 ai termini del quale, allorchè un panettiere lascerà il suo commercio per effetto di un fallimento o per una controvenzione all'ordinanza del 19 vendemmiale anno 10, i fattori del mercato che giu-

(1) Ved. Pardessus (n. 962) Conf. Boulay-Paty (t. III, p. 480), Dalloz (loc. cit. n. 16).

(2) Ved. Pardessus (n. 961) e G. Massè (loc. cit. VI, n. 604).

stificheranno, mercè il controllo dell'ispettore, o qualunque altro documento autentico, ch'egli è lor debitore per farine consegnate nel recinto del mercato, avranno un privilegio sul prodotto di quindici sacchi formanti il deposito di garenzia, la cui confisca sarà stata ordinata. In conseguenza, nel caso d'insufficienza degli altri beni e proprietà del panettiere fallito o ritirato senza il permesso del prefetto di polizia, saranno ammessi ad esercitare in primo ordine ed in preferenza a tutt' altro creditore i loro dritti sul prodotto della vendita del cennato deposito sino alla concorrenza del montare del loro credito.

410. *Privilegi speciali sulla cauzione dei direttori di teatro.*—Questo privilegio ha il suo principio in una ministeriale del 28 settembre 1853 che determina il rango dei creditori privilegiati sulla cauzione dei direttori di teatro, e colloca in primo luogo gli stipendii degli artisti e degl'impiegati, ed in ultimo le obbligazioni di qualunque natura contratte dal direttore pei bisogni della impresa. Ma è uopo badare che la situazione personale degli artisti e degl'impiegati rispetto al direttore è quella che ha determinato la preferenza speciale di cui essi sono l'obbietto; sono in primo rango non sol perchè, in essi si riassume l'elemento principale della industria, ma anche perchè avendo contrattato col direttore, ne sono gl' *impiegati* e ne ricevono uno stipendio. Il rango adunque che lor viene concesso non potrebbesi reclamare da tutt'altri che, sebbene concorrano all' impresa con la loro opera o con le loro forniture, sono nonpertanto imprenditori piuttosto che impiegati. Tale sarebbe, ai termini di un arresto recente della Corte di Parigi (1) l'appaltatore che avesse assunto l'obbligo di dipingere e riparare le decorazioni del teatro mercè un prezzo convenuto a cottimo. Questo prezzo, quand'anco fissato a ragione di un'annua somma e stipulato pagabile per dodicesimi, mese per mese, non muterebbe l'indole della convenzione, la quale non rimarrebbe meno un cottimo, e rientrerebbe a tal titolo nella categoria delle obbligazioni di ogni natura, formanti ai termini della suddetta ministeriale la quinta categoria dei crediti privilegiati sulla cauzione del direttore.

2102 [1971] I crediti privilegiati su determinati mobili sono:

1° Le pigioni ed i fitti degl' immobili, su i frutti raccolti nell' anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi : cioè per tutte le pigioni mature e da maturare, se i contratti di affitto sieno per atto autentico, ovvero se essendo per iscrittura privata abbiano una data certa; ed in questi due casi gli altri creditori hanno il diritto di locare nuovamente la casa o il podere, pel tempo che rimane sino al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, col peso però di pagare al padrone del fondo tutto ciò che gli fosse dovuto ;

E per un' annata da contarsi dal momento in cui spira l'anno corrente, quando il contratto non sia autentico, o essendo fatto per privata scrittura non siavi data certa.

Lo stesso privilegio à luogo per le riparazioni locative e per tutto che concerne l'esecuzione del contratto.

Ciò non ostante le somme dovute per le sementi, o per le spese della ricolta dell'anno, si pagano sul prezzo della medesima, e quelle dovute per gli attrezzi rurali , sopra il prezzo degli attrezzi stessi, in preferenza del padrone del fondo , tanto nel primo quanto nel secondo caso.

Il padrone della casa o del podere affittato può sequestrare i mobili in essi introdutti, quando sieno stati trasportati altrove senza il suo consenso, e conserva sopra essi il suo privilegio; purchè abbia proposta l'azione per rivindicarli nel termine di quaranta giorni per rispetto ai mobili de' quali era fornito il podere, e nel termine di giorni quindici per rispetto al mobile di una cosa.

2° Il credito sopra al pegno di cui il creditore si trova in possesso.

3° Le spese fatte per la conservazione della cosa.

4° Il prezzo de' beni mobili non pagati, se esistono ancora in mano del debitore, o che gli abbia comprati con dilazione al pagamento, o senza.

Se la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può ancora rivindicar tali beni, finchè si trovano in mano del compratore ed impedirne la rivendita; purchè la domanda per revindicarli venga proposta tra gli otto giorni dalla tradizione, ed i beni si trovino in quello stato medesimo in cui erano nel tempo che furono consegnati.

Nondimeno il privilegio del venditore non si esercita se non dopo quello del padrone della casa o del podere, quando

(1) Parigi 26 aprile 1855.

non sia provato che questi era' informato che i mobili e le altre cose che guarnivano la casa o il podere locato, non erano di pertinenza del fittainolo.

Non è derogato alle leggi ed agli usi del commercio sulla rivindicazione.

5° Le somministrazioni di un locandiere, sulle robe dal viandante, che sono state introdotte nella locanda.

6° Le spese di vettura e quelle accessorie, sulle cose che si trasportano.

7° I crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, sui capitali dati da essi per sicurtà, e sugl' interessi che ne fossero dovuti (a).

SOMMARIO

I. La serie dei numeri presentata da questo articolo non è una serie di ordine come quella dello art. 2101 — Enumerazione dei diversi privilegi speciali sui mobili — Principii che li dominano tutti.

II. *Pigioni ed estagli degl'immobili* — Principio del privilegio — Sua origine.

III. Delle persone alle quali è accordato il privilegio — Del proprietario della casa o del podere; dell'usufruttuario; del possessore; del sublocatario. *Quid* del terzo che avesse pagato il debito del locatario?

IV. Il privilegio del locatore ricade dapprima su quanto guarnisce la casa o il podere locato; che gli oggetti appartengano al locatario stesso o a terze persone, che sieno in evidenza o rinchiusi. Eccezioni: danaro contante titoli di credito, oggetti perduti o rubati, oggetti introdotti in casa del locatario, sapendo il locatore che appartengono a terze persone — Allorchè l'affitto ha per oggetto beni rustici, il privilegio ricade inoltre sui frutti della raccolta dell'anno e sul privilegio di quanto serve alla coltivazione. Distinzioni o sviluppi.

V. Il privilegio garentisce tutte le obbligazioni risultanti dall'affitto; riparazioni locative, danni interessi, anticipi, fitti o estagli. Distinzione in quanto ai pigioni ed estagli, tra il caso in cui l'affitto è autentico o sotto privata scrittura con data certa e quello in cui l'affitto è senza data certa o anche verbale, controversia e sviluppi. — Del dritto di subaffitto stabilito in favore dei creditori del locatario. Condizioni ed estensioni del dritto.

VI. Del dritto (*de suite*) stabilito in favore del locatore; revindicazione; condizioni alle quali può essere esercitato, estensione che comporta, discussione.

VII. *Somme dovute per sementi, spese di ricolto ed utensili* — Di coloro ai quali è accordato il privilegio; del credito che garentisce; delle cose su cui ricade

VIII. *Credito sul pegno del quale il creditore è investito* — Richiamo dei principii e rinvio agli articoli 2073 e segg.

IX. *Spese fatte per la conservazione della cosa* — Origine o fondamento del privilegio. Suo obbietto. Delle spese alle quali si applica. Quid degli onorarii pagati ad un avvocato? Quid delle somme dovute dal sostituito al servizio militare? Le spese di *miglioramento* non danno luogo al privilegio; ma queste spese son garentite da un dritto di ritenzione.

X. *Prezzo di effetti mobiliari non pagati.* — Il venditore di effetti mobiliari à in prima uno dritto di preferenza sul prezzo di questi effetti non pagati — Questo dritto protegge la vendita dei mobili incorporali? Discussione. Condizioni alle quali è subordinato il privilegio. — Delle trasformazioni di cui son suscettibili le cose vendute. della influenza di queste trasformazioni sull'esercizio del dritto di preferenza.

XI. Il venditore ha dippiù in taluni casi un dritto (*de suite*), o di rivendica — Natura di questo dritto — In quali casi esso esiste — A quali condizioni è subordinato — Eccezioni in caso di fallimento.

XII. *Fornitore di un albergatore.* — Origine di questo privilegio — Della estensione di esso — Degli oggetti che colpisce — Della sua estinzione — Del dritto di rivendica.

XIII. *Spese di vettura e spese accessorie* — Origine del privilegio e suo obbietto — Il vetturale conserva forse il suo privilegio, anche quando si è volontariamente spossessato della cosa trasportata?

XIV. *Crediti risultanti da abuso e da prevaricazioni commesse dai funzionarii pubblici.* — Motivo del privilegio: crediti ai quali esso si applica; oggetti che colpisce, modo secondo il quale è conservato. — Privilegio dei locatori di fondi.

I — 111. Il nostro articolo contiene la enumerazione dei privilegi speciali su taluni mobili, di quelli almeno che sono stati stabiliti dal Codice Napoleone. Nonpertanto la enumerazione nulla implica in quanto all'ordine nel quale dovranno esercitarsi i privilegi enumerati, o almeno non fissa quest'ordine in modo completo. L'articolo ben ci dà talune indicazioni a tal riguardo; p. es. ci dice che le somme dovute per le sementi, per le spese della raccolta dell'anno, per gli utensili, pri-

(a) In due cose si differenzia l'art 1971 LL. CC. dal 2102 a cui corrisponde: 1° l'articolo francese fa valere il privilegio per le pigioni e gli estagli *un anno a far tempo dallo spirar dell'annata corrente;* ma a render più chiara la locuzione, il nostro articolo dice *per l'annata e l'altra che segue da contarsi dallo spirare dell'anno corrente;* 2° un importante aggiunzione à fatta il nostro legislatore all'articolo francese risolvendo la quistione del valore di questo privilegio per rispetto al subaffittuale — « Il privilegio » sopra i frutti raccolti nell'anno (leggesi alla fine » del 1°) à luogo, anche quando i frutti appartengo» no al subaffittuale — Il privilegio sopra il valore di » tutto ciò che serve a guarnir la casa e ad istruire » il fondo locato e di tutto ciò che serve alla col» tivazione de'fondi, se tali cose appartengano al su» baffittuale, à luogo per la quantità che questi dee, » senza tenersi conto delle anticipazioni »

L'art. 1753 C. fr. e il corrispondente 1599 LL. CC. avevano disposto: « Il subaffittuale non è tenuto verso il proprietario se non fino alla concorrenza della pigione convenuta nel subaffitto della quale sia debitore nel tempo del sequestro, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente . . . » Sicchè fino a un certo punto l'art. 1971 è una conseguenza del 1599; ma arreca poi a questo una restrizione col togliere all'affittuale l'eccezione per ciò che spetta i frutti raccolti nell'anno; ed è ben giusto; attesochè i frutti, essendo il prodotto della cosa del proprietario, sono di loro natura il pegno esclusivo del fitto convenuto, il quale non gli si può menomare con subaffitti.

meggiano il credito del proprietario locatore, vuoi sul prezzo della raccolta, vuoi sul prezzo degli utensili; ci dice altresì che il privilegio del venditore non viene se non dopo quello del proprietario della casa e del podere; salvo il caso in cui costui avesse saputo che i mobili i quali guarniscono la sua casa o il suo podere non appartengono al conduttore; ma non son queste se non indicazioni di raggnaglio che non troncano le difficoltà di classifica, come fa lo art. 2101, in cui trovasi non solo la indicazione dei privilegi generali sui mobili (e sussidiariamente sugl' immobili) ma ancora, come si è veduto (sopra n. 64) la fissazione del rango nel quale debbono essere classificati tra loro questi privilegi generali. Salvo dunque a trattar di questa classifica agli articoli sotto ai quali conviene allugarla (articoli 2096, 2097) noi constatiamo in quanto al presente, che il nostro articolo contiene una enumerazione pura e semplice, una serie di numeri e non mica una serie di ordine.

112. È uopo notare del resto che l'enumerazione è falsa, nel senso che invece dei sette privilegi di cui esso si compone, ne contiene otto ed anche nove in realtà. Il primo numero, il quale ha per obbietto il privilegio del proprietario locatore in ragione del credito risultante dall'affitto, consacra altresì virtualmente un privilegio per le somme dovute per sementi o per ispese di raccolta dell'anno ed un altro privilegio per le somme dovute per utensili. Or questi privilegi che la legge menziona con quello del proprietario locatore e ad occasione di costui, vanno non pertanto profondamente distinti; costituiscono anzi in realtà privilegi contro il proprietario locatore, poichè lo scopo della legge nel menzionarli è di dire che le somme dovute per sementi o per ispese di raccolta e le somme dovute per utensili sono pagate *con preferenza al proprietario* vuoi sul prezzo della raccolta, vuoi sul prezzo degli utensili.—Noi tratteremo dunque distintamente di questi privilegi, il che fa sì che i crediti privilegiati, di cui dovremo qui successivamente parlare sono al numero di otto, cioè: 1° le pigioni e gli estagli; 2° le somme dovute per sementi, spese di raccolta ed utensili; 3° il credito sul pegno di cui il creditore è investito; 4° le spese fatte per la conservazione della cosa; 5° il prezzo di effetti mobiliari non pagati; 6° le forniture di un albergatore, 7° le spese di vettura e le spese accessorie; 8° da ultimo i crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarii pubblici nell'esercizio delle loro funzioni.

113. Questi diversi privilegi van classificati in due categorie, o si rannodano distintamente a duo principii nettamente formolati dal Grenier nel suo rapporto al Tribunato sul titolo dei *privilegi e delle ipoteche*. Il primo di questi principii è che in tutti i casi in cui per la natura delle cose un obbietto ha dovuto considerarsi come il pegno di un credito, pegno di cui il creditore è in certo modo considerato come investito, vi sarebbe flagrante ingiustizia a che questo creditore possa essere spogliato, senza essere pagato di questo oggetto, il quale può passare per suo mezzo a concorrenza del debito. Il secondo si è che, allorquando il credito è il prezzo di vendita di una cosa esistente in natura, o allorquando la cosa non deve la sua esistenza o la sua conservazione che agli anticipi fatti dal creditore, implichererebbe che costui non fusse preferito a tutt'altri sulla cosa stessa o sul prezzo, poichè senza di lui o senza gli anticipi da lui fatti la cosa non avrebbe potuto divenire il pegno di alcuno, o non avrebbe offerto che un pegno di minor valore (1). Si vedrà mercè l'esame che or ora faremo dei diversi privilegi enumerati nel nostro articolo non esservene un solo il quale non si rannodi all'uno o all'altro di questi principii.

II. — 114. *De' fitti ed estagli degl' immobili.* Colui che consegna la sua cosa, o la sua casa o il suo podere, al locatario che va ad abitarla o a coltivarlo, procura a costui il mezzo di soddisfare ad una delle prime necessità della vita, nel tempo stesso che privasi egli stesso di un tal mezzo, in vista del prodotto che riceverà in compenso e col quale provvederà a sua volta ai bisogni ed al mantenimento della sua famiglia. Ciò ci mostra quanto sia dell'interesse generale che le locazioni sieno facilitate; di qui il privilegio speciale di cui ora ci occupiamo, il qual privilegio, dando per pegno al locatore il mobiliare del conduttore e i frutti della raccolta, vale a dire delle cose di cui il locatore è in certo modo investito a titolo di pegno o che possono anzi riguardarsi come sue sino al pagamento (2), si rannoda al primo dei due principii, di cui abbiamo testè parlato.

115. Fa duopo rimontare sino alle leggi romane per ritrovar l'origine di questo privilegio. Nel dritto romano, i locatori di beni rustici e di case avevano una tacita ipoteca pel pagamento delle pigioni ed estagli, e delle altre obbligazioni risultanti dall'affitto: solamente l'ipoteca tacita del locatore di case colpiva i mobili che il conduttore avea fatto portare o condurre nella casa, mentre che quella del locatore di beni rustici non colpiva che

(1) Ved. Locrè (t. XVI, p. 581).

(2) Ved. Domat (Leggi civili, lib 3, tit. 1, sez 5 n. 12).

i frutti nati durante l'affitto, rimanendone liberi i mobili che guarnivano il podere (1). Il nostro antico dritto francese s'ispirò alle leggi romane in questo punto: talune consuetudini, segnatamente quella di Parigi (articolo 171), quella di Orleans (art. 415 e 416) si spinsero anche più oltre, chè esse assegnarono per pegno, al locatore di beni rustici, non solo i frutti nati sulle terre dei detti fondi, ma ancora i mobili che il colono avea trasportato nel podere. Le consuetudini però avevano trasformato in un privilegio speciale su taluni mobili quello che, giusta la legge romana, era una tacita ipoteca. Di qui una notevole differenza nello esercizio del dritto; mentre che l'ipoteca a Roma era provveduta di un dritto che si rannodava alla cosa gravata e la seguiva in qualunque mano passava; il privilegio nel dritto consuetudinario era subordinato al possesso per parte del debitore della cosa gravata, e svaniva con tale possesso, a meno che il creditore non avesse fatto uso del dritto di sequestrar la cosa tra le mani del terzo possessore, nel brevissimo termine che gli era per ciò accordato (2). Ritroveremo nel privilegio tal quale è oggidì stabilito dal Codice Napoleone, tutti questi elementi con altri ancora che lo completano, e perciò parleremo successivamente delle persone alle quali è accordato il privilegio, delle cose che esso grava, della estensione del dritto di *preferenza* che comporta, e del dritto *de suite* mercè il quale viene completato.

III. — 116 Qualunque affitto d'*immobili* dà luogo al privilegio in favore del locatore pel pagamento della pigione o dell'estaglio; tale è la regola. Fa mestieri conchiuderne che il locatore di cose mobiliari non avrebbe dritto al privilegio, e ciò è stabilito (non virtualmente soltanto, chè non si potrebbe comprendere che la cosa sia stata messa in discussione innanzi ai tribunali) da un arresto da cui risulta che il locatario di una fonderia che à ceduto il suo affitto ad un terzo al quale à locato al tempo stesso le macchine che guarniscono le fonderie e che son sua proprietà, non può reclamare pel pagamento del fitto di queste macchine il privilegio accordato al locatore di un immobile, non potendo le macchine in tal caso considerarsi come immobili per destinazione rispetto al loro proprietario (3).

117. Ma dacchè la locazione ha per oggetto degl'immobili, poco rileva che emani dal proprietario dell'immobile o da tutt'altra persona avente la disposizione della cosa, perchè prenda origine il privilegio. E di fermo il privilegio non si rannoda alla persona del proprietario ed alla sua qualità di proprietario, ma sibbene al fatto della locazione; esso deriva dal pegno e passa quindi a chiunque ha dritto alle pigioni (4). Epperò non solo il proprietario, quando la locazione emana da lui ma anche l'usufruttuario o il possessore che dà in fitto l'immobile, di cui ha l'usufrutto o il possesso, ha dritto al privilegio. Ha dritto in modo assoluto e senza distinzione tra il caso in cui la locazione si è fatta da lui stesso, e quello in cui la trova già fatta al momento in cui prende l'usufrutto o il possesso. P. es. il proprietario di un podere à degli affitti particolari con diversi coloni, poi dà in fitto la totalità del podere ad un altro colono, surrogando costui ai suoi dritti contro i coloni parziarii pei frutti da scadere; il proprietario perde all'istante il privilegio che aveva originariamente su questi frutti, i quali rimangono ormai affetti per privilegio al conduttore della totalità del podere (5). — Quanto diciamo dell'usufruttuario o del possessore è uopo dirlo altresì del conduttore che avesse avuta la facoltà di sublocare, ai termini del suo affitto e che ne avesse fatto uso; la sublocazione da lui fatta della casa o del podere che teneva in fitto gli darebbe dritto al privilegio sui frutti del podere o sui mobili del sub-colono, o sublocatario. Si andava più oltre nell'antica giurisprudenza: si ammetteva che il terzo il quale avesse pagato al locatore quanto eragli dovuto dal conduttore succedeva al privilegio per la ripetizione di tutto quel che avesse pagato in discarico del conduttore, ed esercitava a tal riguardo tutti i dritti del locatore. (6). Ma rapportandoci qui a quanto abbiam dettu ad occasione del privilegio delle spese funerarie (supra n. 74) noi non ammetteremmo la soluzione che in quanto il terzo il quale avesse pagato il debito del conduttore fosse nel caso di eccepire la surrogazione legale o convenzionale.

IV. — 118. Il privilegio del locatore giusta il nostro articolo ricade sul prezzo di tutto ciò che guarnisce la casa locata o il podere, ed in oltre negli affitti di beni rustici sui frutti della raccolta dell'anno e su quanto serve alla coltivazione. E' uopo occuparsi distintamente di ciò che guarnisce la casa o il podere e dei frutti della raccolta, chè in pratica come in dottrina, son sorte difficoltà speciali sull'uno e sull'altro punto.

119. In quanto concerne i mobili si può dire in modo generale che quelli che guarniscono la casa o il podere son gravati dal privilegio del locatore. Ciò è evidente relativa-

(1) FF. l. 4. e 7, in *quib. caus. pign.*
(2) Ved. Pothier (*Locaz.* n. 227 e segg.)
(3) Grenoble 20 febb. 1843.
(4) Ved. Nimes 21 giugno 1820; Orleans, 24 nov. 1838; Parigi 12 genn. 1848.
(5) Gig. 11 febb. 1827.
(6) Pothier (*Locaz* n. 252, e *Introd. alla Cons. di Orleans*, tit. 19, *delle Esecuzioni*, n. 32).

mente ai mobili appartenenti al conduttore o al colono; ma debbe essere ammesso altresì rispetto ai mobili i quali, tutto che nella casa o nel podere locato, appartengono a terzi, vuoi che il locatore li ditenga a titolo di pegno, di deposito, di locazione o di prestito, vuoi anche che appartengono a sublocatarii ai quali il conduttore o il colono principale avesse sublocato, che guarniscono i luoghi formanti lo obbietto della sublocazione. P. es. io son locatario di una casa, ed ho preso dal mio tappezziere un mobile che ei mi dà in fitto, e di cui io mi servo per guarnire questa casa, questo mobile che non mi appartiene sarà nonpertanto la garenzia del mio locatore; chè da una banda il locatore il quale vede questi mobili nella sua casa, deve credere che mi appartengono; e da un'altra banda il tappezziere ha seguito la mia fede, e come sa o deve sapere che tutto quel che guarnisce una casa locata risponde con privilegio delle obbligazioni dell'affitto, non ha potuto tollerare che il mobile che io prendo da lui venga a guarnire la casa da me locata senza consentir tacitamente con ciò stesso a che questo mobile fosse gravato dal privilegio. Non pertanto è mestieri dire che i mobili che appartengono a terzi o a sublocatarii non sono obbligati verso il locatore con la stessa estensione di quelli che appartengono ad esso il conduttore. Costui, come or ora vedremo, è tenuto sul suo mobiliare di tutte le conseguenze dell'affitto o della locazione. Or non sarà necessariamente lo stesso rispetto ai terzi i quali hanno fatto al conduttore il prestito, il deposito o la locazione di un mobiliare, e neppure rispetto ai sublocatarii. Riprendiamo quindi la nostra ipotesi e supponiamo che il tappezziere revindichi nel corso dello affitto il mobile che io aveva preso da lui e di cui avevo guarnita la casa da me locata. In tal caso è certo che questo mobile sarà gravato dal privilegio del locatore per tutte le pigioni scadute ed anche per una scadenza futura, e ciò quale che sia l'epoca in cui questo mobile è entrato nella casa vuoi che io l'abbia trasportato meco, quando ho preso possesso delle località come inquilino, vuoi se non l'abbia fatto venire che quando il mio affitto era già in corso di esecuzione. Ma sarebbe andar oltre la giusta misura lo esigere da questo tappezziere ch'ei rispondesse sui mobili che ha a me dati in fitto di tutte le pigioni da scadere sino al termine dell'affitto. Evidentemente, pagando e offrendo di pagare tutti i fitti scaduti ed un altro da scadere, il proprietario dei mobili darebbe al locatore una sodisfazione sufficiente e la revindica non ci sembrerebbe poter essere respinta, salvo al locatore ad usare del dritto che ha di espellere il locatario il quale non guarnisce la cosa di mobili sufficienti, a meno che questo locatario non dia sicurtà capaci di rispondere del pigione (1). In quanto ai sublocatarii la loro obbligazione rispetto al locatore è necessariamente limitate (senza pregiudizio del dritto che ànno di opporre, se non i pagamenti fatti in linea di anticipazione, almeno quelli fatti in buona fede) nella misura della loro propria obbligazione rispetto al locatore principale che loro à fatto il subaffitto; in altri termini i mobili del subaffittuale non son gravati, anche rispetto al proprietario locatore, che fino alla concorrenza del prezzo del subaffitto, di tal che il subaffittuale il quale non avesse locato che per 300 fr. p. es. non potrebbe esser molestato che fino alla concorrenza di tale somma dal proprietario locatore, quale che fosse il montare del credito per pigioni che costui avesse contro il locatario principale (2). Donde la quistione di sapere se il privilegio del proprietario locatore sussisterebbe a fronte del subaffittuale nel caso fossero alloggiati gratuitamente dal locatore principale. È questo un punto di cui ben gravemente si preoccupavano gli antichi autori. Bartolo, Domat e Basnàge liberavano il subaffittuale: il Pothier (3) era per lo contrario di avviso che il locatore poteva vendicarsi sui mobili del subaffittuale in proporzione della parte che occupavano nella casa, perchè, a suo dire, questo locatore sarebbe ingannato, se allorquando contava sui mobili di cui vedeva guarnita la sua casa, quella si trovasse occupata in tutto o in parte da privati, i quali direbbero che il principal locatario loro aveva accordato un'abitazione gratuita. Noi siamo di quest'ultimo parere, almeno in tutti i casi in cui l'abitazione gratuita avesse una reale importanza, vuoi in quanto alla durata, vuoi in quanto alla estensione delle località occupate.

120. Del resto la regola generale testè indicata, cioè che il privilegio ricade sui mobili che guarniscono la casa o il podere, vuoi che appartengano al conduttore, vuoi che appartengano a terze persone o a subaffittuali, ha le sue condizioni ed anche le sue eccezioni.

121. La condizione è indicata dalla legge in modo ben preciso; non sono affetti al privilegio che i mobili i quali *guarentiscono* il podere o la casa locata. Per un vero abuso adunque, per una esorbitante estensione, in una specie in cui il privilegio del locatore era reclamato, i primi giudici avevan creduto poter dire che un tal privilegio si eserciterebbe *sull'attivo in generale* del conduttore cadu-

(1) Ved. Mourlon (n.88). V. non pertanto Parigi, 29 magg. 1814.

(2) C. Nap. art. 1753; C.proc.820.Ved. Rig. 2 ap. 1806, Amiens 10 ap. 1830, Tolosa 5 febb. 1819.

(3) Della Locazione, n. 280.

to in fallimento. La Corte di Bordeaux innanzi la quale fu portato l'affare sull'appello dei sindaci non esitò a riformare questa strana sentenza ed a riconoscere che, trattandosi di un privilegio che ricade su taluni mobili vi sarebbe abuso ed eccesso in qualunque applicazione, la quale estendesse il privilegio a mobili diversi da quelli che sono specialmente determinati(1). Ma quali sono questi mobili? Quali sono le cose che possono reputarsi *guarnire* la casa o il podere locato o che per conseguenza debbono a tale titolo considerarsi, come sottoposte al privilegio del locatore. Vi sono su questo punto vario teorie e distinzioni delle quali il maggior torto si è di spandere oscurità in una materia chiarissima per sè stessa. In definitiva quel che fa d'uopo si è che la fiducia del locatore non sia delusa: egli ha fatto conto pel pagamento delle sue pigioni o dei suoi estagli sulle cose che ha veduto allogare nella sua casa o nel suo podere; queste cose costituiscono nelle sue mani una specie di pegno che gli risponde dei suoi crediti, ed in considerazione del quale ha potuto determinarsi a locare in pria e poi a non mostrarsi troppo frettoloso ad esigere il pagamento delle pigioni. Non si dovrà adunque risecare da questo pegno se non quel che la ragione delle cose indicherà non aver potuto esservi compreso anche nella mente del locatore. Ciò posto quel che è nella casa o nel podere non per restarvi, ma di passaggio, non sarà sottoposto al privilegio del locatore, in quanto costui avrà potuto o dovuto avere da sè stesso la coscienza che la cosa non è venuta se non accidentalmente nella casa o nel podere locato, ch'essa vi è stata momentaneamente apportata e non era destinata a rimanervi. Così il privilegio non si estenderà agli oggetti manifatturati o da manifatturare che terze persone han potuto confidare al locatario o al colono e deporre nella industria che esercita, non già come ha detto la corte di Cassazione così decidendo (2), perchè questi oggetti non appartengono al locatario (chè noi sappiamo che quand'anco appartengano a terzi i mobili che guarniscono la casa o il podere son gravati dal privilegio del locatore, per un evidente errore la corte di Cassazione qui assegna nel motivi del suo arresto contrarie indicazioni), ma perchè la ragione stessa delle cose dice al locatore che questi oggetti sono nelle mani del suo locatario transitoriamente e con una destinazione speciale, ben diversa da quella di guarnire i luoghi, il che non gli permette di considerar questi oggetti come obbligati al suo credito. Sarà lo stesso dei mobili destinati ad un'altra casa, e che fossero stati momentaneamente trasportati nella casa locata; effetti di un viaggiatore che alloggia in un albergo; biancheria affidata ad una lavandaia; panni dati ad un sarto, ec. È questo un punto certo, unanimamente ammesso dalla dottrina e tolto ad imprestito dalla legge romana; *Videndum est ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quae, ut ubi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est.* (L. 7. § 1. in *quib. caus. pign. vel hip. tacit. contr.*).— Al contrario noi consideriamo come guarnente la casa o il podere locato tutto ciò che vi resta in modo permanente ed abituale, vuoi a causa della destinazione stessa dei luoghi, vuoi per la sua esplotazione; tali sono p. es. i mobili destinati all'uso ed all'ornamento degli appartamenti; tali sono ancora le cose poste nei magazzini (3); cantine, gallerie, destinate per riceverle, vuoi che queste cose servano pel consumo, vuoi che non vi servano. In generale, noi il sappiamo, la dottrina è men favorevole al privilegio del proprietario. Per taluni, non vi sono mobili che guarniscono la casa o il podere tranne quelli che sono in evidenza, ed affrancano dal privilegio non solo il danaro contante e i titoli di credito, ma le gioie, le pietre preziose, ed in generale quelle varie cose che si ha l'abitudine di tener sotto chiave, come la biancheria, il vasellame di argento. Altri accettando questo punto di partenza, che le cose debbono essere apparenti ed in evidenza, perchè il locatore vi possa esercitare il suo dritto, restringono questa pretesa regola nella sua applicazione e pensano che taluni oggetti, tutto che d'ordinario tenuti sotto chiave, come la biancheria da tavola ed il vasellame, non sono men gravati dal privilegio. Altri in fine, restringendo la regola in un altro senso, pensano che, se essa non può opporsi al locatore per gli oggetti, di cui il locatario è personalmente proprietario, può però opporglisi per quei mobili la cui proprietà s' appartiene a terzi (4). — In quanto a noi, non ammettiamo di tutto ciò che la riserva relativa al danaro contante ed ai titoli di credito o di obbligazione; chè si può dire col Pothier (5) del denaro contante, essere esso destinato non mica a rimaner nella

(1) Bordeaux 7 ag. 1873.
(2) Ved. Rig. 22 lug. 1823.—Ved nello stesso senso, Parigi, 5 marzo 1811, 11 marzo 1812 e 18 dic. 1848.
(3) Ved Parigi 5 magg 1828 — Ved nonpertanto Rig. 21 marzo 1826 e Amiens 10 apr. 1871.
(4) Quest ultima restrizione è fatta dal Pothier (*Locaz* n° 145). Le altre sono ammesse dal Dalloz (*loc. cit.* n. 8), Delvincourt (t. III, p. 372), Grenier (t. II, n. 310), Duranton (t. XIX, n. 79 e 88), Zachariae (t. II, p. 106), Troplong (n° 151), Valette (n. 55).
(5) Pothier (*loc. cit.* n. 250 e 251).

casa, ma ad essere speso al di fuori; e dei titoli di credito, che essendo cose *incorporali*, *quae in solo jure consistunt*, non risiedono in realtà in alcun luogo, *nullo circumscribuntur loco*; donde si conchiuderà inevitabilmente che vi sarebbe aberrazione a considerare, vuoi il danaro contante, vuoi i titoli di credito, come oggetti che guarniscono le località date in fitto. Ma pel dippiù ogni altra distinzione è arbitraria; che appartengano al locatario stesso o ai subaffittuali, o a terzi, gli oggetti che sono nella casa per rimanervi son gravati dal privilegio del locatore, vuol che il locatario li tenga chiusi come le gioie, le pietre preziose, la biancheria ed altri simili oggetti, vuoi che il conduttore li lasci in evidenza, come gli utensili aratorii, la paglia, il fieno, il bestiame nel podere, i grossi e piccoli mobili negli appartamenti, come i vini nelle cantine, come le mercanzie nei magazzini. Dov'è mai la ragione di distinguere? Tutti questi oggetti non sono indistintamente nella casa o nel podere per rimanervi? I primi vi sono più degli altri transitoriamente, per accidente e per essere trasportati altrove? No evidentemente. Ciò basta perchè il privilegio li colpisca, perchè non debbano essere sottratti all'azione del locatore il quale, nel suo pensiero, ha dovuto prenderli in considerazione allorchè acconsentì, vuoi a trattare col conduttore, vuoi a lasciare accrescere il suo credito per pigioni.

122. — In quanto alle eccezioni, esse interessano particolarmente i terzi proprietarii di oggetti che guarniscono le località date in fitto al conduttore. Il privilegio che il locatore acquista anche su questi oggetti, contrariamente al principio, giusta il quale non si acquistano dritti in generale che sui beni della persona che si obbliga, deriva, come abbiam detto da una parte dalla credenza in cui ha dovuto essere il locatore che tutti i mobili recati nella casa o nel podere appartenevano al suo affittuale, e dall'altra parte dal tacito assenso del proprietario reale di tutto o parte di questo mobiliare, il quale non ignorando che quanto guarnisce le località date in fitto è il pegno, la cosa privilegiata del locatore, non ha potuto consentire alla introduzione di tal mobiliare nelle località, senza consentir virtualmente con ciò stesso a che il privilegio del locatore vi si estenda e le gravi. Ma nonpertanto può avvenire che la realtà dei fatti sia contraria a queste supposizioni e non permetta di ammetterle. Il privilegio del locatore si sosterrà in tal caso? Evidentemente che no, non avendo la sua ragione di essere. P. es. io aveva degli oggetti mobiliari che ho perduti o mi sono stati involati. Il ladro o l'inventore di questi oggetti, o ancora quegli che li tiene dal ladro o dall'inventore li trasporta nell'appartamento di cui è inquilino e ne guarnisce tale appartamento. In che cosa ciò potrebbe oppormisi? Senza dubbio il locatore ha potuto credere in buonissima fede che questi oggetti fossero proprietà del suo conduttore. Ma ciò non basta, occorrerebbe dippiù, perchè il privilegio potesse stabilirsi, il mio consenso allo stabilimento di tale privilegio, quel consenso almeno tacito che risulta dalla introduzione della cosa nelle località date in fitto con l'assenso del proprietario di tale cosa. Or questo consenso non esiste, poichè a mia insaputa ha avuto luogo la introduzione. Se dunque io revindico questi oggetti da me perduti, o che mi sono stati rubati, se io li revindico nei tre anni e datare dalla perdita o dal furto (Cod. Nap. art. 2279), il privilegio del locatore svanirà al certo innanzi al mio dritto certo e legittimo (1).

Altro esempio Pietro, prende in fitto una casa appartenente a Paolo e vi trasporta, allorchè ne prende possesso, una parte del mobile che io gli aveva dato in deposito. Se io avessi serbato silenzio, o se nulla avesse rivelato a Paolo il vero stato delle cose, Paolo avrebbe acquistato sul mobile da me depositato, del pari che sugli altri mobili di Pietro, il privilegio del locatore. Ma io ho avuto cura di tener Paolo al corrente, ovvero una circostanza qualunque gli ha fatto sapere senza alcun dubbio che tali o tal'altri oggetti, fra quelli arrecati da Pietro son mia proprietà e non già sua: il privilegio del locatore si estenderà in questo caso a tali oggetti? No, che qui manca tutto ad un tempo a Paolo, non solo non ha da me il consenso almeno presunto che sarebbe necessario per lo stabilimento del privilegio, ma ancora non può eccepire questo errore, questa falsa credenza che avrebbe potuto concorrere a fondare il suo dritto, se non gli si fosse rivelata la situazione. In questo senso l'art. 1813, Cod. Nap. che affetta al pagamento degli estagli anche il soccio affidato da un terzo al colono, lo dichiara nonpertanto affrancato nel caso in cui è stato notificato al proprietario dal quale il colono lo tiene. Così ancora lo stesso nostro articolo il quale classifica il privilegio del locatore pria di quello del venditore di effetti mobiliari non pagati fa non pertanto una riserva e consacra l'ordine inverso pel caso in cui

(1) Pothier (*Locaz.* n. 243). — *Sic.* Delvincourt (t. III, p. 272), e Persil (art. 2102, n. 4), Dalloz *loc. cit.* n. 12), Duranton (t. XIX, n. 81), Zachariae (t. II, p. 107) Valette (n. 569), Mourlon (n. 86).

è provato che il locatore aveva conoscenza che i mobili ed altri oggetti che guarniscono la casa o il podere non appartenevano al locatario (Ved il n. 4 dell' articolo).

Del resto la difficoltà non ista nell'accettare e riconoscere l' eccezione, essa in fatti è unanimamente ammessa e non poteva non esserlo. Ma è permesso domandarsi a quali condizioni essa esiste, ed in particolare, se mercè una notificazione, il locatore debba essere informato dello stato reale delle cose, o se basta che abbia avuto conoscenza per una via qualunque, perchè il suo privilegio si restringa ai soli mobili che appartengono al locatario, suo debitore. Non potrebbe esservi a tal riguardo teoria assoluta; tutto dipende dalle circostanze. Così la conoscenza quale che sia che il locatore ha avuto fa supporre aver egli rinunziato al pegno e non comporta alcun'altra supposizione; gli è aperto che non potrebbesi ragionevolmente opporre al proprietario dei mobili la omissione di un atto mercè il quale avesse denunziato la sua proprietà al locatore. Si è giudicato in questo senso che il manco di tale preventiva notifica non fa che il privilegio del locatore debba comprendere i mobili che, secondo l'uso notorio dei pensionati, gli allievi portan seco presso il loro maestro di pensione (1), si è giudicato parimenti che il locatore di una sala di spettacolo non ha privilegio, per le pigioni, sul materiale appartenente ad un terzo, allorchè la pubblica notorietà lo avea istruito che il materiale non apparteneva al locatario (2). Ancor meno la notifica sarà necessaria riguardo ad oggetti la cui introduzione nei luoghi dati in fitto si spiegherebbe mercè la professione stessa del locatario, p. es. per le mercanzie che già fossero depositate nei magazzini di un commissionario (3). Ma tranne queste situazioni o altre analoghe la preventiva notifica divieno una necessità; soltanto essa pone colui i cui mobili sono stati introdotti presso il locatario al coverto dal privilegio, in quanto che essa sola permette di provare in modo preciso che il locatore ha conosciuto lo stato reale delle cose, e che la conoscenza che ne ha avuta è esclusiva di ogni supposizione, tranne quella della rinunzia al privilegio. Molte decisioni consacran questa necessità (4); ma essa emerge più nettamente di tutte le altre da un arresto, giusta il quale il privilegio persiste ad onta della conoscenza che il locatore ha avuto della vendita degli oggetti che guarniscono i luoghi dati in fitto, vendita fatta senza spostamento ad un terzo che avesse poscia locato l' uso di questi oggetti ad un nuovo locatario di queste stesse località (5). In tale situazione la conoscenza che il locatore avesse avuto della vendita poteva ben far supporre ch' egli aveva inteso dare in fitto ad un novello locatario, non avendo mobili a sè, il che avrebbe implicato rinunzia al privilegio; ma poteva dare a credere altresì che l'acquirente di mobili al quale questi mobili erano trasmessi senza torli di dove si trovavano consentiva a lasciarli gravati dal privilegio del locatore; e si comprende a meraviglia che, nel manco di un atto preciso suscettibile di far prevalere la prima supposizione, la seconda abbia sembrato dominante.

123. Passiamo ora al caso di affitto rustico o vediamo quali cose, indipendentemente da tutto ciò che guarnisce i luoghi dati in fitto, son gravate dal privilegio del locatore. Il nostro articolo ci dice che tali cose sono i frutti della raccolta dell'anno ed il prezzo di tutto ciò che serve alla coltivazione del podere; ma ci dice altresì in una altra delle sue disposizioni, che il privilegio del locatore è primeggiato su queste cose dalle somme dovute per sementi, per ispese delle raccolte e per utensili, di talchè in realtà sol rispetto a tutt' altro che a colui il quale ha fatto l' anticipo delle spese di sementi, di raccolta e del prezzo degli utensili, il proprietario del podere è privilegiato pei suoi estagli sui frutti della raccolta dell'anno e sul prezzo di tutto ciò che serve alla coltivazione del podere. Checchè ne sia, il privilegio si estende su tutti i frutti di qualunque natura sieno, alle biade ed ai grani di tutte sorte, al fieno, vino, ec.ec., e vuoi che questi frutti appartengano al colono stesso, vuoi che appartengano a subaffittuali ai quali il colono principale avesse sublocato; soltanto se il privilegio è esercitato rispetto al subaffittuale, dovrà restringersi nella misura di quello che costui debba al colono principale. Si applicheranno qui le osservazioni presentate più sopra (Ved. n. 119) a proposito dei mobili dei subaffittuali come sottomessi al privilegio del locatore.

Il privilegio nei termini della legge abbraccia i frutti della raccolta dell' anno, il che s'intende tanto dei frutti pendenti dalle radici, nel qual caso il locatore non pagato del suo estaglio procede col mezzo del se-

(1) Poitiers, 30 giug. 1825.

(2) Rig. 31 dic. 1833.— Ved. ancora nel senso di questi soluzioni Parigi 2 marzo 1829, rig. 7 marzo 1843; Parigi 18 dic. 1748, e Lione 13 mag. 1848.

(3) Rig. 21 marzo 1826.—Ved. non pertanto Parigi, 5 magg. 1828.

(4) Parigi 26 mag. 1814, Rig. 9 ag. 1815; Grenoble 4 ag. 1832; Douai, 19 febb. 1848.

(5) Bordeaux, 16 marzo 1819.

questro di frutti nel modo stabilito degli articoli 626 e segg. Cod. di procedura civile, quanto dei frutti raccolti. Ma rispetto a questi ultimi, è uopo notare che, se la legge parla soltanto della raccolta dell'anno, non ne segue necessariamente che i frutti delle annate precedenti sieno sottratti al privilegio del locatore. I frutti percepiti, a qualunque epoca ne rimonti la percezione, dacchè sono immagazzinati nel podere e negli edificii che ne dipendono sono sottoposti al privilegio del locatore, in virtù della disposizione comune agli affitti rustici ed urbani che estende questo privilegio a tutto ciò che guarnisce le località (1).

Ciò non pertanto indica esservi una notevole differenza sotto il rapporto che qui ne occupa trai frutti dell'anno e quelli delle annate precedenti. Il privilegio del locatore non sussiste su queste ultime che in quanto i frutti trovansi nel podere o negli edifizii da esso dipendenti, e salvo quanto tra breve diremo del diritto di rivendica (ved. n. 132), l'azione del locatore sui frutti si estingue, dacchè questi frutti han cessato di guarnire le località date in fitto (2). È tutt'altrimenti, allorchè trattasi di frutti dell'anno. A differenza del privilegio che colpisce gli oggetti che guarniscono le località date in fitto, il quale procede interamente dall'idea di pegno, il privilegio che affetta i frutti dell'anno procede più particolarmente dalla idea di proprietà: questi frutti prodotti della cosa del proprietario, essendo suoi, egli non li ha trasmessi al conduttore che sotto la condizione del pagamento degli estagli che sono la rappresentazione dei frutti: ei ritiene dunque la proprietà, se manca la condizione; e da ciò stesso si comprende che questa proprietà sussiste e con essa il dritto di preferenza, cui implica non solo quando la raccolta è sopra luogo, ma anche quando è posta fuori degli edifizii dell'esplotazione. La sola difficoltà in quest'ultimo caso consisterà nello stabilire la identità dei frutti, e questa difficoltà potrà essere seria, nonostante le previsioni del legislatore che impone al conduttore l'obbligo d'immagazzinare nei luoghi a ciò destinati dall'affitto (Cod. Nap. articolo 1767). Ma sormontata la difficoltà, il privilegio del locatore rimane intatto in qualunque luogo trovisi la raccolta dell'anno, salvo nonpertanto il caso in cui questo privilegio dovesse cedere il posto a quello del terzo nell'edilizio del quale fosse stata immagazzinata la raccolta. Costui in fatti ha altresì un privilegio che affetta la raccolta da lui conservata racchiudendola, e se non è provato ch'egli aveva conoscenza, al momento in cui aveva ricevuto la raccolta nel suo granaio, del privilegio che la gravava per parte del proprietario del podere, dovrà esser preferito.

V. — 124. Il privilegio del locatore ha per oggetto di assicurare l'esecuzione dell'affitto; è uopo dunque che questo privilegio garentisca tutto il credito risultante dal contratto di locazione; epperò il nostro articolo ci dice che il privilegio dà luogo 1° per le pigioni ed estagli (in una misura che varia secondo che l'affitto è autentico o sotto privata scrittura, e secondo che ha o pur no data certa anteriore al fallimento o a tutt'altro avvenimento che dà luogo alla distribuzione dei danari); 2° per le riparazioni locative; e 3. per quanto concerne la esecuzione di un affitto. Ma siccome l'esercizio di questo privilegio va a procurare al creditore in una certa misura delle pigioni o degli estagli non ancora scaduti, il che è esorbitante pel dritto comune (chè il debito delle pigioni o estagli, condizionale per sua natura, è subordinato alla condizione di godimento) la legge non vuole che il locatore che è così pagato in anticipazione, abbia inoltre il godimento dell'immobile, essa crea in conseguenza un dritto di rilocazione che sotto talune condizioni vantaggerà agli altri creditori del locatario. Tali sono, in quanto concerne la estensione del credito privilegiato, gli elementi costitutivi della legge; noi li riprenderemo successivamente in vista delle speciali difficoltà che si rannodano a ciascuna di essi.

125. Il privilegio garentisce la esecuzione dell'affitto: esso dunque esiste per le riparazioni locative; per le deteriorazioni avvenute per colpa del conduttore, per le somministrazioni fatte dal locatore in forza di una clausola dell'affitto, ed in generale per tutti gli anticipi fatti in vista della coltivazione (3). Ciò vien generalmente ammesso, tranne la estensione del privilegio al credito per anticipi, che non è nonpertanto respinto in modo assoluto, ma che non è ammesso, almeno da taluni autori che sol quando gli anticipi sono fatti con lo stesso affitto e constatati nell'atto di affitto (4). Questi autori si fanno scudo della opinione del Pothier, ma ben a torto, chè il Pothier dice positivamente in quanto agli anticipi fatti nell'affitto, che la obbligazione di restituirli formando parte

(1) Delvincourt (t. III, p. 271), Grenier (t. II, n. 310), Persil (art. 2102, § 1° n. 10). Dalloz (loc. cit. n. 7), Troplong (n. 159), Valette (n° 94).

(2) Ved. Lione, febb. 1856; Rig. 19 dic. 1845.

(3) Ved. Rennes, 3 genn. 1821; Nimes, 7 ventoso anno 12; Bordeaux, 7 ag. 1855; Angers 27 ag. 1811; Rig. 5 genn. 1837, e 24 agosto 1842; Parigi 25 apr. 1846; Limoges, 26 agosto 1848; Douai 18 apr. 1850.

(4) Ved. Grenier (t. II. n. 309) e Persil (loc. cit. n. 27), Dalloz (loc. cit, n. 15).

delle obbligazioni dello affitto stesso, la estensione del privilegio a loro riguardo non può neppure mettersi in quistione, ed in quanto agli anticipi fatti dopo l'affitto che, se la soluzione presenta maggior difficoltà, in quanto che il credito qui nasce da un contratto di prestito separato e distinto dall' affitto, non pertanto fa d'uopo estendere a questo credito i dritti del locatore, specialmente quando gli anticipi si sono fatti in grano o altre specie, e non si può dubitare che siensi fatti per far valere il podere (1). Non potrebbesi sconoscere che questa soluzione non sia perfettamente equa, ed a buon dritto la giurisprudenza vi si è conformata (2).

126. — Giungiamo ora alla obbligazione principale di cui il privilegio ha per obbietto di assicurare la esecuzione; intendiam parlare della obbligazione relativa allo pigioni ed agli estagli. Qui possono presentarsi due situazioni: o il locatore procede ei solo sul sequestro da lui praticato contro i mobili del suo locatario, o trovasi in conflitto con altri creditori di questo locatario. Nel primo caso non potrebbe essere quistione di privilegio, chè la idea di privilegio implica con essa il concorso di diversi creditori venienti ad esercitare i loro dritti, ciascuno nel suo rango, sui valori a distribuirsi. Il dritto comune conserverà il suo impero; il locatore che agisce è semplicemente un creditore ordinario; sarà trattato come creditore ordinario; e poichè gli son dovuto soltanto le pigioni scadute, poichè il credito per le pigioni a scadere è eventuale ed incerto, subordinato come è ad una condizione di godimento che forse non potrà attuarsi, il sequestro praticato non si ratificherà che sino alla concorrenza delle pigioni scadute (3). Non già per questo caso ha disposto il nostro articolo.

Esso suppone il secondo caso, quello in cui il locatore viene in concorso con altri creditori del locatario, vuoi che costui sia caduto in fallimento, vuoi che i suoi creditori abbiano sequestrate le cose che guarnivano le località date in fitto; ed in questo caso, organizza un sistema complesso cho regolato sui principii relativi alla pruova delle obbligazioni rispetto ai terzi, si fonda tutto su di una presunzione di buona e di mala fede. Così, l'affitto è autentico, non v'è a temere che il locatario si metta di accordo col locatore per esagerare le cose, aumentare il credito di quest'ultimo, e con ciò estendere, in pregiudizio degli altri creditori, un privilegio già per sè stesso troppo esteso: tutto è constatato dalle enunciazioni dell'affitto, la buona fede è presunta, ed il privilegio ottiene la sua più larga estensione, vale a dire si estende a tutte le pigioni ed estagli senza riserva, a quelli che sono scaduti e rimangono ancora dovuti, finchè non sono colpiti dalla prescrizione quinquennale (art. 2277), come a quelli che debbono scadere sino alla fine dell'affitto. L'intero prezzo dell' affitto trovasi così assicurato dal privilegio, e per prezzo noi intendiamo non solo il canone stipulato nel contratto, ma ancora i crediti, anche non ancora esigibili, come le migliorie che sono a peso del locatario (4), o almeno i boni sottoscritti separatamente e rappresentando un supplemento di pigioni (5). Ciò costituisce al certo un dritto esorbitante, ed è una ragione notevole perchè nell'applicazione non si vada oltre le previsioni del legislatore, perchè il benefizio di una disposizione sì gravemente eccezionale non sia esteso ad altri casi, fuori di quelli che essa ha dovuto avere precisamente in vista. Sotto questo rapporto noi pensiamo, contrariamente alla opinione di taluni autori (6), che il locatore con iscrittura privata avente data certa pria del fallimento del locatario o il sequestro dei suoi mobili, non ha lo stesso dritto del locatore con atto autentico. Ben è vero che a prima vista potrebbesi credere che le due situazioni sono dal nostro articolo poste sulla stessa linea; ma considerandole da vicino, si comprende esservi tra esse una differenza necessaria per rispetto alle pigioni o estagli scaduti. Non dimentichiamo infatti, che la teoria della legge è basata sui principii relativi alla pruova delle obbligazioni rispetto ai terzi. Or per mettere la teoria di accordo coi principii, sarà mestieri escludere dal privilegio tutti gli estagli scaduti anteriormente al giorno in cui l'affitto sotto privata scrittura ha acquistato data certa, poichè sol dal giorno in cui gli atti sotto privata scrittura prendono data certa, possono opporsi ai terzi, giusta i principii generali (art. 1328) (7).

Del resto in questa prima ipotesi, poichè per una semplice presunzione di buona fede il privilegio del locatore si mantiene con tutti

(1) Ved. Pothier (Locaz. n. 254). — *Sic*, Duranton (il quale aveva in pria emesso contraria opinione da lui ritrattata. t. XIX. n. 93). Troplong (t. I, n. 151), Zachariae (t. II, p. 108). Valette (n. 60). — Ved. nonpertanto Bugnet su Pothier (*loc. cit.* nota).

(2) Ved. gli arresti citati di Angers, di Limoges e della Corte di Cassazione.

(3) Ved. Grenier (t. II. n. 309). Tarrible (Rep. v. Privilegio, sez. 3, § 2, n. 5) e Persil (loc. cit. n. 16), Dalloz (loc. cit. n. 16), Zachariae (t. II, p. 109 nota 11), Valette (n. 61).

(4) *Sic*. Valette (n. 62).

(5) Parigi. 23 febb. 1850; Rig. 22 apr. 1851.

(6) Ved. Valette (n. 62). E. Demante (Riv. Stran. e f. t. IX, p. 719) e Mourlon (n. 102).

(7) Ved. Grenier (loc. cit.), Tarrible (loc. cit.), Persil (loc. cit. n. 15), Dalloz (loc. cit. n. 16).

gli effetti ad esso assegnati, ne segue che gli altri creditori del locatario debbono essere ammessi a combattere tale presunzione ed a provare che l'affitto, vuoi autentico, vuoi sotto privata scrittura con data certa, è il risultato di una frode compita nella previsione del fallimento o del sequestro che è ben presto venuto a dar luogo alla distribuzione dei danari. Se fosse fatta una tale pruova, l'affitto cadrebbe e con esso un privilegio che ormai sarebbe senza causa.

127. — Or se l'affitto è sotto privata scrittura senza data certa, o anche puramente verbale (1), la legge non ricusa il privilegio; soltanto restringe notevolmente il credito privilegiato. Il nostro articolo ci dice che, in questo caso, le pigioni o gli estagli son privilegiati « per un anno a contare dallo spirar dell'annata corrente. » In ciò il nostro articolo respinge il sistema della consuetudine di Orleans, il quale mentre restringeva, come attesta il Pothier (2), a tre termini scaduti e a due da scadere *il dritto di eseguire* che era attribuito ai padroni di albergo del pari che il dritto *de suite*, accordava *il dritto di preferenza* (il solo di cui qui ci occupiamo ora) per tutte le obbligazioni risultanti dall'affitto, conseguentemente per tutte le pigioni, scadute o da scadere, ancorchè l'affitto fosse sotto privata scrittura o anche verbale; ed al contrario il nostro articolo si rannoda al sistema seguito a Parigi « in cui le frodi essendo più comuni » come dice il Pothier, era di giurisprudenza, secondo gli atti di notorietà del Castelletto del 16 febbraio 1688, 24 marzo 1702 e 19 dicembre 1816 (3), di non accordar preferenza al locatore che *per tre termini scaduti* e pel corrente, allorchè l'affitto non era che verbale o anche sotto privata scrittura soltanto. Ma come ben si vede, il nostro articolo è ben lungi dal definire la estensione del credito privilegiato sì nettamente come era negli atti di notorietà del Castelletto di Parigi. Questo articolo esprime che il credito delle pigioni e degli estagli è privilegiato per *un anno a contare dallo spirar dell'annata corrente;* e risulta chiaramente da ciò che il privilegio non abbraccia nell'*avvenire* se non una sola annata, quella che segue l'annata corrente. Ma il *presente*, vale a dire l'annata corrente stessa, ed il *passato*, vale a dire le annate scadute anteriormente son forse escluse? Le opinioni sono su questo punto divergenti oltre ogni dire, ed il numero stesso dei sistemi che si son prodotti attesta la insufficienza ed il manco di chiarezza della legge. Fin quì questi sistemi erano tre: l'uno, indicato dal senso apparente del nostro articolo, esclude il presente ed il passato, e non accorda nell'avvenire che l'annata seguente alla corrente (4); l'altro men rigoroso accorda al privilegio l'annata corrente con quella che la segue (5), il terzo ancor più largo ed oggidì dominante nella pratica, ammette il privilegio per tutte le annate scadute, per l'annata corrente e per quella che la segue (6). Ora e da ben poco abbiamo un quarto sistema, è quello del Mourlon (7) che sostituendo la parola *termine* alla parola *annata*, mercè la quale è segnato il punto di partenza nel nostro articolo, e supponendo che la legge ha determinato l'annata privilegiata, ritornando indietro a contare dallo spirar dei *termini correnti*, pensa che il locatore avrebbe privilegio per una sola annata, la quale si comporrebbe, come nell'antico uso del Castelletto di Parigi, del termine corrente non ancora compito al momento del fallimento o del sequestro, e dei tre ultimi termini scaduti. Ma questo sistema, come per altro ha preveduto il Mourlon, si distrugge con le stesse necessità alle quali è condannato per prodursi. Deve supporre in pria che il legislatore ha, per una inesplicabile inavvertenza, presa *l'annata* corrente pel termine corrente; deve in seguito mutare il senso naturale delle parole e supporre che l'espressione a *contare*, che indica un punto di partenza da cui procedere, significa qui nonpertanto, col più strano rovescio delle cose, il punto di sosta da cui sarà mestieri tornare in dietro! E tutto ciò perchè? Per giungere a dire che in definitiva i redattori del Codice àn voluto consacrare nè più nè meno l'antico uso del Castelletto di Parigi. Ma in verità se tale fosse stato il loro pensiero, lo avrebbero molto male espresso. Essi avevano sottocchio la formola sì precisa e sì netta

(1) Lione. 28 aprile 1847.

(2) Pothier (*Locaz.* n. 255).

(3) Ved. Questi atti alla loro data nella collezione del Denizart.

(4) Ved. Grenier (t. II, n. 309), Favard de Langlade (v.° Privilegio, sez. 1, § 1. n. 4). — Ved. ancora Bordeaux, 12 giug. 1825 e 17 dic. 1839.—Si è talvolta citato il Tarrible come avendo espresso questo avviso (Rep. v Privilegio, sez. 3, § 2, n. 5), ma se egli esclude le annate anteriori, non si spiega sull'annata corrente. Ved. la nota che segue.

(5) Ved. Delvincourt (t. III, p. 151, nota), Persil (art 2102, § 1, n. 22), Valette, n. 63.— Tale è pure l'avviso espresso dal Tarrible nel suo discorso al Corpo legislativo sui sei primi titoli del lib. I, parte 2., Cod. di Proc. civile (*infra* p. 89). — Ved. pure Coulon (t. II, p. 81), E. Demante (Riv. straniera o Franc.: t. IX, p. 697).

(6) Dalloz (loc. cit. n. 20), Duranton (t. XIX. n. 92) Zachariae (t. II. p. 109, nota 12), Troplong (I, n. 150), Taulier (VII, p. 143).—V. Cass. 28 lug. 1821; Rig. 6 magg. 1833. Rouen 22 ag. 1821, e 12 luglio; Grenoble 28 marzo 1838; Rouen 25 apr. 1842, Douai 29 ag. 1842; Lione 28 apr. 1847.

(7) Ved. Mourlon (*Com. teor. e prat.* n. 101).

degli atti di notorietà. Nulla di più semplice che il riprodurla? Invece di ciò essi prendono un giro tortuoso, e si esprimono in modo che volendo dire ciò che dicevano questi atti di notorietà, giungono a qualche cosa di assolutamente differente, chè le espressioni impiegate, intese nel loro senso naturale, allogano esclusivamente nell'avvenire quest' annata privilegiata cui gli atti di notorietà avevan posto per un quarto nel presente e per gli altri tre quarti nel passato. Il Mourlon evidentemente si inganna, e il sistema che esso propone non ha alcuna probabilità di essere accolto. Noi respingeremo altresì dal nostro canto l'ultimo dei tre sistemi, quello che accorda al privilegio tutte le annate scadute con l'annata corrente e quella che segue. Si è questa, abbiam detto, la teoria dominante oggidì; ed è quella seguita a un di presso invariabilmente nella pratica moderna. L'esagerazione ne è ben grande nonpertanto, e tanto più che anche nel caso di affitto autentico è già molto accordare altrettanto al locatario, poichè in diffinitiva evvi negligenza dal canto suo, se lascia accumulare le pigioni e gli estagli arretrati. In quanto a noi, allorchè neghiamo all'affitto sotto privata scrittura, anche con data certa, l'effetto di assicurare al locatario con privilegio la totalità delle pigioni scadute (*supra* n. 126), si comprende bene che a più forte ragione noi ricuseremo questo effetto all'affitto sotto scrittura privata senza data certa e soprattutto all'affitto verbale. Del resto noi il ripetiamo, tutto il sistema della legge qui si fonda su di una teoria di buona o mala fede. Or nella nostra attuale ipotesi, l'espressione restrittiva della legge attesta che il pericolo della frode, per conseguenza la presunzione di mala fede, ha dominato il pensiero del legislatore: esso ha ciò esposto in modo formale. Avremi temuto, diceva il Treilhard al Consiglio di Stato di dare adito alla collusione, se non avessimo rannodato agli affitti che non hanno data certa l'effetto di dare al proprietario un privilegio per un tempo più lungo dello spazio di un anno. E siccome opponevasi la notorietà, particolarmente negli affitti rustici, siccome si attenevano a questa notorietà per dire che anche nel manco di un affitto senza data certa era mestieri ammettere il privilegio per le pigioni scadute, il Treilhard rispondeva « che se il fatto dell'affitto è notorio, le condizioni nol sono; che così nulla di più facile al proprietario che il mettersi di accordo col colono per esagerare il prezzo del podere e frustrare i creditori ».(1) Dietro tali spiegazioni fu votato il nostro articolo nei termini in cui lo troviamo nel Codice, e quando la legge (una legge sui privilegi, vale a dire una legge essenzialmente restrittiva) si produce con questa spiegazione data da quelli stessi che l'ànno redatta, noi non ammettiamo che nell'applicazione l'interprete ne possa estendere la portata.

Rimangono adunque due soluzioni soltanto tra le quali sia possibile l'esitare, l'una, giusta la quale il privilegio sarebbe ristretto ad un solo anno preso per intero nell'avvenire; l'altra giusta la quale il privilegio abbraccerebbe non solo quest' annata futura ma ancora l'annata corrente. Di queste due soluzioni la prima ha senza dubbio per sè il senso apparente del testo, il quale ci dice che le pigioni ed estagli, nel caso di affitto senza data certa, son privilegiati per un *anno* e soggiunge che quest' anno decorre *dallo spirar dell'annata corrente*. Ma questa non è che un'apparenza; noi crediamo che il punto di partenza stesso, vale a dire l'annata corrente, sia virtualmente compresa dal testo nella parte che fa al privilegio del locatore che sarebbe così privilegiato, a causa delle sue pigioni o estagli, non solo per un'annata presa per intero nell'avvenire, ma ancora per le scadenze dovute dell'annata corrente. Noi ciò crediamo in pria perchè, se la legge ha presunto la buona fede e la sincerità dell'affitto per un anno che non è ancor cominciato, vale a dire per un'epoca in cui poteva essere sospetta, l'esistenza stessa dello affitto del pari che il prezzo e le condizioni allegate, implicherebbero che la stessa presunzione non esistesse per l'annata corrente, vale a dire per un tempo in cui niun sospetto può elevarsi, almeno in quanto all'esistenza dell'affitto, poichè è dimostrata dal possesso. Indi lo crediamo, perchè la interpetrazione della legge è quella che si è prodotta al Corpo legislativo appunto ad occasione degli articoli del Codice di procedura i quali in certo modo mettono ad esecuzione i principii del Codice Napoleone sul privilegio del locatore. « Il Codice civile, ha detto il Tarrible, domandando al Corpo Legislativo l' adozione degli art. 819 e segg. del Codice di procedura civile ha accordato al proprietario un privilegio pei frutti della raccolta dell'anno e sul prezzo di tutto ciò che guarnisce la casa o il podere, per la completa esecuzione dell' affitto, se ha data certa; o *per la esecuzione* DELL'ANNATA CORRENTE *e della seguente*, allorchè l'affitto non ha nè autenticità nè data certa. È giusto di assicurar vieppiù l'efficacia di questo privilegio, dando al proprietario mezzi pronti e facili di esercitarlo (2).

(1) V. Locrè (t. XVI, p. 241 e 252)

(2) Locrè (t. XXIII, p. 167 e 168).

Tale è la soluzione alla quale ci attenghiamo, e ben inteso noi la seguiamo invariabilmente, vuoi che si tratti di affitti di fondi urbani o rustici. Sotto quest'ultimo rapporto non pertanto evvi manco di armonia tra il nostro articolo e i principii fermati in materia di locazione. La durata degli affitti rustici fatti senza scrittura è regolata dalla divisione delle terre in sezioni (art. 1774 e segg.) e poichè il nostro articolo ammette la sincerità dell'affitto e su questo fondamento accorda il privilegio a causa di estagli futuri, sembra che la estensione del credito privilegiato avrebbe dovuto misurarsi al tempo, durante il quale l'affitto deve necessariamente prolungarsi. Ma il nostro articolo dispone in modo generale, l'applicazione non potrebbe dunque variare.

128. Allorchè il locatore esercitando la pienezza del suo dritto, ottiene una collocazione la quale abbraccia vuoi tutti i termini a scadere in caso di affitto autentico, o avente data certa, vuoi i termini dovuti dell'annata corrente e tutta l'annata che segue, in caso di affitto senza data certa o di affitto verbale, la legge rileva gli altri creditori del locatore dal pregiudizio che lor fa sperimentare una collocazione sì larga, o almeno essa lor procura un certo compenso, dando loro il dritto di riaffittare a lor vantaggio la casa o il podere pel resto dell'affitto. È questa una derogazione al dritto comune; ma è profondamente equa, poichè sarebbe ripugnante alla giustizia ed alla ragione che il locatore, così pagato per anticipazione delle pigioni o estagli che forse non gli sarebbero stati giammai dovuti, avesse in oltre la casa a sua disposizione e potesse ricavarne un novello profitto riaffittandola. Siffatta considerazione di equità domina tutte le ipotesi, ecco perchè abbiam potuto dire, generalizzando la proposizione, che il dritto di rilocazione appartiene altresì ai creditori del conduttore, il cui affitto era senza data certa o anche verbale, tutto che il nostro articolo non parli di un tal dritto che ad occasione degli affitti autentici o aventi data certa. Evidentemente fa mestieri supplir qui al silenzio della legge, chè la ragione di decidere è la stessa, non potendosi concepire alcuna situazione in cui possa ammettersi che il locatore abbia ad un tempo la cosa e il prezzo, il godimento dell'immobile e le pigioni o gli estagli.

Per lo stesso motivo il dritto di rilocazione è acquistato ai creditori del conduttore, ancorchè il contratto contenga divieto di sublocare o di cedere l'affitto. Il locatore non potrebbe infatti collocarsi, mercè il favore della clausola proibitiva, nella condizione contraria all'equità di avere ad un tempo la cosa ed il prezzo. La clausola non può dunque opporsi ai creditori del locatario. Se del resto fosse altrimenti, il nostro articolo nulla avrebbe fatto in realtà per questi creditori, poichè è ben evidente che il dritto di rilocare, se l'affitto non contenga clausola proibitiva, già esisteva in loro favore, in virtù della regola generale fermata nell'articolo 1166. Il nostro articolo non ha dunque un significato a sè proprio, che a condizione di essere inteso come quello che accorda ai creditori un dritto superiore a quello del loro debitore, e tale per conseguenza da permettere loro di superare gli ostacoli risultanti per costui dalle clausole proibitive del contratto, al punto di vista della sublocazione o della cessione di affitto. Nonpertanto ciò non vuol dire che le clausole di tal natura saranno assolutamente senza effetto anche rispetto ai creditori del conduttore. Al contrario esse avranno un effetto, ma ristretto e che non altera il principio di compensazione stabilito dal nostro articolo; esse permetteranno al locatore di riprendere la sua cosa o il suo podere, rinunziando alla pigione o agli estagli da scadere, facoltà che il locatore non avrebbe, se l'affitto non contenesse alcuna disposizione proibitiva, poichè allora i creditori potrebbero, facendosi scudo dell'articolo 1166, Cod. Nap., rilocare la casa o il podere senza tenere alcun conto dell'offerta che farebbe il proprietario di abbandonare le pigioni o estagli futuri.

129. Del resto il dritto che il nostro articolo accorda ai creditori del conduttore non può esercitarsi che sotto talune condizioni.

È uopo in prima, e ciò si deduce dalle osservazioni che precedono, che il locatore abbia richiesto in preferenza le pigioni o estagli da *scadere*. Se si fosse attenuto ai *termini scaduti* e non pagati, il dritto di rilocazione non esisterebbe in favore degli altri creditori, e ciò quand' anco il locatore avesse esercitato il suo privilegio, a causa di questi termini scaduti. La pretenzione contraria fu suscitata in una specie in cui dei creditori del conduttore erano stati primeggiati nella distribuzione del locatore, il quale non pertanto non si era fatto collocare che per le sue pigioni scadute; ma tale pretesa fu respinta, e con arresto di rigetto del 30 gen. 1827, che non troviamo nelle raccolte, la Camera civile della Corte di Cassazione ha deciso non esser questo il caso preveduto dal § 1° del nostro articolo, e che in tal concorso di circostanze, la domanda incidentemente fornita dai creditori del conduttore di essere autorizzati far procedere in giudizio o innanzi notaio al riaffitto in loro pro del podere pel

tempo che rimaneva a decorrere dell'affitto, era stata giustamente respinta dai giudici del merito.

È uopo in seguito nel caso in cui i mobili del conduttore non avessero prodotto un prezzo sufficiente per soddisfare nella sua integrità il credito del locatore, che i creditori, i quali vogliono far uso del dritto di riaffittare la casa o il podere pel rimanente dell'affitto, paghino al proprietario tutto ciò che gli sarà ancor dovuto. Poniamo un conduttore, il cui affitto con atto autentico portava una durata di nove anni, al prezzo di mille fr. l'anno. Il mobiliare di questo inquilino è sequestrato pria dello spirar del primo anno, allorchè il locatario nulla ancora avea pagato. In questo caso il credito pel quale il locatore potrà farsi collocare è di 9000 fr. Il mobile sequestrato è venduto, produce una somma la quale, deduzion fatta di tutt'i crediti che primeggiano quelli del locatore, lascia libero per costui un residuo di fr. 4000. In questo caso rimangono dovuti al locatore 5000 fr., e i creditori dell'inquilino non potranno esercitare il dritto di riaffitto in tutta la sua estensione, vale a dire pel rimanente dell'affitto, senza pagare al locatore precisamente questa somma di 5000 fr.— Nonpertanto essi non dovran pagarli immediatamente; la legge non impone loro in fatti l'obbligo di farne lo anticipo, e i dritti del locatore saranno sufficientemente posti in sicuro, allorchè da una banda i creditori del locatario pagheranno, a seconda che verranno le scadenze delle pigioni, e dacchè dall'altra gli avran procurato un novello inquilino, il cui mobiliare risponderà ormai di queste stesse pigioni.

Ma se i creditori trovassero troppo oneroso di assumere per intero il peso dello affitto, potrebbero limitare nell'esercizio di esso il loro dritto di riaffitto, restringendolo alle annate da scadere, di cui il prezzo del mobiliare aveasse procurato il pagamento anticipato; p. es. nella specie da noi supposta a tre annate, poichè dei 4000 f. pagati al locatore, 1000 vanno applicati all'annata corrente. Questo dritto di scindere in certo modo l'affitto è nonpertanto contestato da taluni autori ai creditori del locatario (1) sulla autorità det. nostro articolo, in cui leggesi che « gli altri creditori hanno il dritto di riaffittare la casa o il podere *pel rimanente dell' affitto* ». Ma se il testo esprime che i creditori possono andar sin là, non dice in alcun modo che debbano andarvi necessariamente. In diffinitiva, trattasi qui di un dritto introdotto a favore dei creditori come compenso al pregiudizio che loro arreca il privilegio esorbitante conceduto al locatore, il cui credito li primeggia. È dunque ragionevole di lasciar tutta la estensione all'esercizio di questo dritto e permettere a coloro in favore dei quali esso è stabilito di misurare nel loro interesse quel che loro convien fare. Se altrimenti fosse, se i creditori nel caso in cui l'intero peso dell'affitto fosse troppo oneroso, venissero impediti dal fare il loro vantaggio sugli affitti o estagli corrispondenti al numero di anni, la cui distribuzione à procurato al proprietario il pagamento anticipato, si sarebbe nell'alternativa o di lasciare al proprietario, per questo numero di anni, la cosa e il prezzo, il che è contrario all'equità, contro di cui fu ideato il dritto di riaffitto, o di dire che durante questo stesso numero di anni, le località rimarranno disoccupate, la casa senza abitanti, e il podere senza coltivazione, il che sarebbe il colmo dell' assurdità (2).

VI. — 130. Dopo aver detto in che consiste il dritto di preferenza del locatore dobbiam parlare, per completare le nostre osservazioni su questo subbietto, di un altro dritto che è quasi il complemento e la sanzione del privilegio; è il dritto *de suite*. In tesi generale il privilegio quando cade sui mobili, non deroga al dritto comune che pel vantaggio che accorda al creditore di essere pagato con preferenza; non esiste dunque se non fino a quando la cosa che ne è gravata trovasi in potere del debitore, così vuole la regola che i *mobili non van soggetti a privilegio* o *ipoteca*. Ma l'abbiam già detto (*supra* n. 20) evvi delle eccezioni: il privilegio, anche pei mobili, comporta talora una specie di dritto *de suite* che permette al creditore di seguir la cosa tra le mani dei terzi, anche di buona fede, e se non di rivendicar la proprietà stessa di questa cosa, almeno di ottenere che essa ritorni in possesso del debitore che ne era spogliato, affinchè il creditore vi possa esercitare il suo dritto di preferenza. Tale è l'eccezione consacrata dal nostro articolo in favore del locatore, quando ci dice « che il proprietario può sequestrare i mobili che guarniscono la casa o il podere, allorchè sono stati tolti senza il suo consenso, e conserva su di essi il suo privilegio, purchè abbia fatto la revindica, cioè allorchè trattasi del mobiliare che guarniva un podere, nel termine di quaranta giorni; ed in quello di quindici giorni, se si tratti di mobili che guarniscono una casa ». Su di che due punti a considerare : le condizioni alle quali è subordinato il dritto, e la estensione che comporta.

131. In quanto alle condizioni è uopo in pria che il proprietario locatore non abbia

(1) Ved. Duranton (t. XIX, n. 91), Valette (n. 61).
(2) Ved in questo senso, Persil 2101, (§ 1, n. 18), Dalloz (loc. cit. n. 18, Mourlon (n. 96).

consentito al tramutamento dei mobili i quali guarnivano la sua casa o il suo podere, dicendo il nostro articolo, che il proprietario può sequestrare questi mobili, allorchè sono stati trasportati altrove *senza il suo consenso*. Ben inteso non è necessario che il consenso sia espresso per fondare il fine di non ricevere contro qualunque revindica dal canto del proprietario-locatore. Basterebbe il tacito consenso, e questo consenso s'indurrebbe da qualunque circostanza, la quale dia a credere avere il proprietario locatore rinunziato a scorgere nell'oggetto tolto via dalla casa o dal podere, il pegno del suo credito. P. es. il proprietario è stato presente al toglimento di un mobile che guarnisce l'appartamento del suo inquilino, e non vi si è opposto, ogni ulteriore reclamo, ogni revindica gli sarà interdetta, chè la sua assistenza implica consenso al tramutamento. Arrogi che quando anco il trasporto si fosse effettuato in assenza del proprietario locatore, la revindica non ne sarebbe meno inammessibile, se la cosa tolta, destinata per la sua stessa natura ad esser venduta, avesse realmente formato l'obbietto di un contratto tra il locatario ed il terzo che l'ha tolta. Tali sono p. es. le mercanzie che il locatario aveva nel magazzino da lui locato; tali ancora i frutti che il colono avesse raccolti nel podere che tiene in fitto. Il proprietario locatore è reputato consentir tacitamente all'alienazione di siffatte cose, poichè non può ignorare che la loro stessa natura le destina ad esser vendute. In secondo luogo è uopo, perchè la revindica sia ammessibile, che sia esercitata nei termini determinati. Questo termine doveva essere necessariamente molto ristretto, importando che il commercio dei mobili non sia lungo tempo ostacolato; epperò vedesi che la legge lo limita a quindici giorni, allorchè trattasi di mobili che guarniscono una casa; ed allorchè trattasi di un mobiliare che guarnisce un podere, a quaranta giorni, vale a dire a un termine più del doppio: il che si spiega e si giustifica per la ragione che la sorveglianza del proprietario locatore si esercita men facilmente sui beni rustici che sui beni urbani, e che i cangiamenti del mobiliare vi possono essere più lungo tempo ignorati: ma nell'uno e nell'altro caso, il punto di partenza del termine si colloca al giorno del trasporto del mobiliare dal podere o dei mobili dalla casa; e noi non pensiamo che sia mestieri seguire la opinione di taluni autori (1) i quali, eccettuando il caso di concerto fraudolento tra il locatore ed i terzi, fissano il punto di partenza del termine, in questo caso, al giorno in cui il proprietario locatore fosse stato istrutto del traslocamento. La legge si esprime in termini sì generali che questa limitazione non deve esservi introdotta, tanto più che, volendo stare alle sue stesse espressioni, sembra che il concerto fraudolento di cui qui si parla, non sia estraneo alle sue previsioni (2).

132. — In quanto alla estensione del dritto essa è determinata da quella del privilegio stesso, di cui è, come abbiam detto, il complemento e la sanzione: potrà dunque esercitarsi ad occasione di tutto ciò che è gravatu dal privilegio. E sotto questo punto di vista, noi consideriamo come contestabile oltre ogni dire l' opinione oggidì dominante sul punto di sapere, se il locatario o il colono può togliere taluni degli oggetti che guarniscono la casa o il podere, allorchè quello che rimane sia sufficiente per assicurare il suo pagamento al locatore. Si decide generalmente che non essendo tenuto il locatario, sotto il rapporto della garentia dovuta al locatore, che di guarnir la casa di mobili sufficienti (art. 1752); ne segue che vi sarebbe esagerazione a permettere al locatore di opporsi al trasporto di questi mobili, il cui toglimento lascerebbe ancora nella casa un pegno sufficiente (3). Ma non si è badato che non vi è una necessaria correlazione tra l'obbligo al quale è tenuto il locatario di guarnire le località di sufficiente mobiliare, e il dritto risultante in favore del locatore dal privilegio che gli accorda la legge. Il locatario deve un pegno sufficiente; altro non deve sotto il punto di vista della garenzia, e la sua obbligazione a tal riguardo è compiuta, dacchè il locatore si è contentato di quel che l'inquilino gli ha offerto in pegno: ciò è ben evidente. Ma ciò vuol forse dire che quanto entra in eccedente nella casa o nel podere locato non sia gravato del privilegio del locatore? Certo che no; chè la legge ci dice che il privilegio ricade su quanto guarnisce la casa o il podere locato. Or se il privilegio ricade su tutto, come mai potrebbe il locatore ritirarо qualche cosa senza la confessione, senza il consenso espresso o tacito del locatore? Noi nol comprendiamo. E poi del resto sarà agevole il dire, in caso di tramutamento di una parte del mobiliare, se la porzione che rimane è o pur no sufficiente per garentire, non solo il pagamento delle pigioni, ma ancora l'esecuzione di tutte le obbligazioni che possono risultare dall'affit-

(1) Ved. Persil (art. 2102. § 1, n 2), Dalloz (loc. cit. n. 23), Duranton (t. XIX, n. 100), Zachariae (t. II, p. 110, n. 14).

(2) Ved. Tautier (t. VII, p. 14), Troplong (t. 1, n. 161), Valette (n. 67).—*Junge*; Rig. 6 magg. 1833.

(3). Rig. 8. dic. 1806: Rouen, 30 giug. 1846. Ved. pure Favard (Rep. v°. Sequestro) e Persil (loc. cit n. 4), Dalloz (loc. cit. n. 23), Zachariae (t. II, p. 110), Duranton (t. XIX, n. 103), Troplong (n. 164).

to? Si eleveranno necessariamente su questo punto delle difficoltà nelle quali il locatore ed il conduttore son troppo direttamente interessati per non essere entrambi cattivi giudici. Il più certo evidentemente sarebbe di vedere nella legge ciò che vi si trova realmente; essa dice che il privilegio del locatore ricade su tutto ciò che guarnisce la casa o il podere locato; essa dice dunque con ciò stesso che nulla potrà uscire dalla casa o dal podere senza il consenso espresso o tacito del locatore. La giurisprudenza si era in pria pronunziata in questo senso; dubitiamo che riformandosi abbia migliorato (1).

Per le stesse considerazioni ancora il locatore di un bene rustico, secondo noi, ha il dritto di revindica anche sui *frutti*; tutto che il nostro articolo non parli che di *mobili* o *mobiliare* che guarniscono la casa e il podere. Il Delvincourt ha detto, in senso contrario, che i frutti essendo destinati ad essere venduti dal colono, implicherebbe che il proprietario potesse essere ammesso a revindicarli contro l'acquirente (2). Anche noi diciam lo s'esso: ma i frutti possono uscire dal podere altrimenti che per effetto di una vendita; dacchè forse il dritto di revindicazione debb'essere ricusato, nella ipotesi di vendita, segue che debba esserlo parimenti in tutti gli altri casi di traslocamento? Certo che no; ed il testo ciò non contraddice, poichè parla non solo di mobili, ma ancora del *mobiliare*, espressione generale, che abbraccia qualunque specie di mobili (articolo 533) e per conseguenza i frutti (3).

Del resto notiamolo bene, se il dritto di revindica non è ammesso contro l'acquirente di *frutti*, ciò non vuol dire che in tesi generale ed allorchè trattasi di tutt' altro che di frutti, questo dritto non possa esercitarsi contro i terzi acquirenti anche di buona fede. Nella ipotesi di una vendita di frutti, un particolar motivo protegge la vendita, cioè che trattandosi di cose la cui destinazione è di essere vendute, il locatore reputasi aver anticipatamente consentito al loro traslocamento, alla loro alienazione per parte del colono. Ma supponiamo che la vendita abbia per oggetto uno di quei mobili che guarniscono la casa o il podere e son destinati a guarnirla finchè esistono, è tutt'altrimenti. Qui il locatore potrà opporre il suo dritto *de suite*, anche al terzo acquirente di buona fede, o al creditore, il quale parimenti in buona fede avesse ricevuto i mobili, vuoi in pagamento, vuoi in pegno. Tale era l'avviso del Pothier, sotto l'antica giurisprudenza: « i mobili, ei dice, avendo contratto una specie d'ipoteca, allorchè sono stati introdotti nella casa o nel podere, il locatario non possedendoli quindi che col peso di questa specie d'ipoteca, non ha potuto trasferirli ad un altro che con siffatto peso, non potendo alcuno trasferire ad un altro maggior dritto in una cosa, di quello ch'egli stesso ha (4). » E il Pothier cita in appoggio il Dumoulin, il quale dice in fatti sull'art. 125 della consuetudine del Borbonese, che questo dritto *de suite* poteva opporsi dal locatore *etiam emptoribus bonae fidei, modo intra breve tempus*. Questa dottrina debb' essere oggidì ammessa con tanta maggior ragione, in quanto che il nostro articolo, infinitamente più preciso di quei che erano i testi antichi, i quali stabilivano il dritto *de suite* (5), indica con la generalità dei suoi termini che il dritto da esso consacrato in favore del locatore esiste senza alcuna distinzione, dacchè il pegno è menomato per effetto di un *traslocamento qualunque*, vuoi che esso proceda da una vendita consentita dal locatario, vuoi che proceda da tutt'altra causa (6). Soltanto, siccome il locatore non potrebbe esser trattato più favorevolmente del proprietario, cui si fosse involato un oggetto mobiliare, sarà mestieri dire che, se i mobili portati via siensi comprati nelle circostanze e condizioni volute dall'art. 2280 Cod. Nap., la revindica non potrà aver luogo che salvo il rimborso del prezzo che avesse pagato l'acquirente.

VII. — 133. *Somme dovute per sementi, spese di ricolto ed utensili.* — Il nostro articolo dispone, almeno virtualmente, che il credito delle somme dovute per sementi, spese di ricolto ed utensili è privilegiato: gli è evidente, dicendoci il testo che siffatto credito debbe essere pagato pria di quello del proprietario locatore sul prezzo di talune cose specialmente gravate dal privilegio di quest'ultimo. Con tutta ragione adunque formiamo di ciò un privilegio distinto, benchè non siavi il suo numero nella enumerazione presentata dal nostro articolo (Ved. *supra*, n. 112).

Il Codice Napoleone in quanto a ciò precisa e sottopone ad una regola uniforme taluni punti che erano molto variati sotto l'antica

(1) Parigi 20 ott. 1806; Poitiers, 28 genn. 1819. Ved. pure Mourlon (n. 161).

(2) Delvincourt (t. III. p. 274, nota 8). — Ved. pure nello stesso senso, Tarrible (*Rep. del Merlin*, v°. Priv. sez 3., § 2. n. 7) e Persil (loc. cit. n. 5).

(3) Favard de Langlade (*loc. cit.*), Dalloz. (loc. cit. n. 26), Zachariae (t. II, p. 107, nota 9), Taulier (t. VII p. 145), Valette (n. 94), Troplong (n. 165).

(4) Pothier (Locazione, n. 261).

(5) Ved. segnatamente l'art. 171 della Consuetudine di Parigi e le osservazioni di Auzanet su questo articolo.

(6) Ved. Troplong (n. 162), Valette (n. 67). — *Junge*, Poitiers, 17 febb. 1834.

giurisprudenza: taluni crediti vi erano altresì preferiti a quello dei padroni di albergo o di colonia, ma ciascun paese avea a tal riguardo la sua regola particolare. Così mentre nel Dunois veniva concesso un privilegio sui frutti ai carradori e maniscalchi per la loro fornitura dell'anno, questo privilegio era ricusato dalla consuetudine di Orleans la quale, da un'altra banda, preferiva i garzoni di fattoria al proprietario pei servizi da essi renduti durante i quattro mesi decorsi dal dì di S. Giovanni fino al giorno di Tutti i Santi. Qui i mietitori erano preferiti al padrone del podere sui grani da essi tagliati nell'ultima raccolta, e i trebbiatori su quelli che avevano trebbiati; altrove, quello stesso che aveva fornito la semenza non era preferito al proprietario che sol quando aveva da lui un consenso di preferenza (1). Il nostro articolo ha troncate tutte queste divergenze, dichiarando preferibili al credito del proprietario: 1° il credito per sementi e per ispese della raccolta dell'anno sul prezzo della raccolta; 2° il credito per gli utensili sul prezzo di questi stessi utensili.

134. Su di ciò dobbiam far notare, in quanto al primo di questi privilegi, da una banda che esso appartiene soltanto a coloro i quali al par dei domestici, degli operai e dei giornalieri, han preso una parte diretta alla seminagione, o al taglio delle raccolte (2), ma che allorquando trattasi di un creditore il quale ha dritto ad invocarlo, egli ha dritto ad esser pagato in preferenza sui frutti, senza che gli si possa opporre, laddove abbia trascurato di reclamare man mano il pagamento delle sue giornate di lavoro, aver egli seguito la fede del colono dal quale è stato impiegato (3); da un'altra banda che tutte le somme dovute per sementi o per ispese di raccolta danno luogo al privilegio, e che la legge non precisando, nè facendo distinzione, un tal privilegio debbesi estendere a tutte le forniture fatte in vista della raccolta (4), tutto che la Corte di Caen abbia creduto, ben a torto, di giudicare il contrario (5).

135. Sul secondo privilegio farem notare in pria che le somme dovute per utensili sono pagate in preferenza al locatore su questi utensili, vuoi che la spesa abbia avuto per causa la riparazione, vuoi che abbia avuto per causa lo acquisto degli utensili, e ciò senza distinzione alcuna tra il caso in cui il locatore à saputo e quello in cui à ignorato che il prezzo era ancor dovuto all'operaio che ha fatto la riparazione, o al mercante che ha fatto la vendita. Ma non pertanto la soluzione non debb'essere così generalizzata che nel caso in cui, vuoi l'acquisto, vuoi la riparazione degli utensili abbia avuto luogo nel corso dell'affitto. Che se la vendita o la riparazione avesse avuto per oggetto degli utensili apportati dal colono alla sua immissione in godimento non sarebbe indifferente che il locatore avesse o pur no avuto conoscenza del debito di cui erano gravati al tempo del loro conferimento nel podere. La preferenza non sarebbe allora dovuta al venditore di utensili o all'operaio che li avesse riparati che nel caso in cui il locatore avesse saputo che il prezzo della vendita o della riparazione non era pagato, e ciò per applicazione della regola fermata al n. 4, § 2 del nostro articolo, regola la cui applicazione alla nostra specie si giustifica con una ragione identica di decidere (6). In secondo luogo la preferenza non esiste che per le somme dovute ad occasione degli utensili necessarii alla coltivazione; se il credito provenisse da spese fatte per utensili domestici, sarebbe fuori dei termini del nostro articolo, e per ottenere il pagamento, non dovrebbesi contare che sulle regole del dritto comune. Nonpertanto sarebbe mestieri non credere che la disposizione del nostro articolo si applichi esclusivamente alle somme dovute per utensili *aratorii*. Segnatamente questi utensili la legge ha avuto in mira; non potrebbesi, senza estenderne la disposizione, applicarla alle somme dovute per utensili impiegati in una esplotazione diversa da quella rurale. E di fermo la ragion di decidere è la stessa, e sotto tale rapporto consideriamo come ben reso un arresto della Corte di Amiens, secondo il quale il privilegio del carradore, del valigiaio, del maniscalco si esercita in preferenza di quello del locatore sul prezzo degli utensili da essi forniti o accomodati, senza che siavi a distinguere, se gli utensili si applichino ad una fonderia, o se trattisi di utensili aratorii (7).

136. Ci rimane a dire, che il dritto di preferenza creato in favore del creditore, vuoi per sementi o spese di raccolta, vuoi per utensili, ricade esclusivamente sugli oggetti stessi indicati dalla legge. Così le somme dovute per le sementi o per le spese di raccolta *dell'anno* son pagate con preferenza al proprietario *sul prezzo della raccolta*; il creditore adunque per queste cause non sarebbe preferito sul prezzo delle raccolte anteriori a quelle dell'annata; non potrebbe avere sul

(1) Ved. Pothier (Locazione, n. 256).
(2) Limoges 26 ag. 1818.
(3) Cass. 21 giug. 1807.
(4) Ved. Bordeaux, 2 ag. 1831; Rig. 3 genn. 1837.
(5) Caen, 28 giug. 1837.
(6) *Sic* Duranton (t. XIX. n. 99), Mourlon (n. 107).
(7) Amiens, 20 nov. 1837.

prezzo di queste raccolte che un'azione personale e non privilegiata (1). Da un' altra banda le somme dovute per utensili son pagate con preferenza sul prezzo di questi utensili: la preferenza si eserciterà dunque sul prezzo degli utensili gravati dal debito, non già sugli altri; ancor meno si eserciterà sul prezzo della raccolta dell'anno. Il tribunale di Joigny erasi pronunziato in senso contrario su di entrambi i punti con sentenza del 31 marzo 1838; ma essa è stata deferita alla Corte Suprema, la quale ben giustamente ne ha pronunziato la cassazione (2).

VIII. — 137. *Credito sul pegno di cui il creditore è investito.* Il nostro articolo qui presenta una disposizione superflua; alloga in fatti fra i crediti privilegiati su taluni mobili «il credito sul pegno di cui il creditore è investito ». Or l'art. 2073, Cod. Nap. ci ha già detto, che il pegno conferisce al creditore il dritto di farsi pagare sulla cosa che ne forma l'obbietto con privilegio ed in preferenza agli altri creditori; e l'art. 2076 ci ha detto di più che « in tutti i casi il privilegio non sussiste pel pegno che in quanto esso pegno è stato posto ed è rimasto in possesso del creditore, o di un terzo convenuto tra le parti ». Il nostro articolo non dice più di questo, e i redattori del Codice avrebbero ben potuto dispensarsi dal ripeterlo, salvo a rammentar qui che questo privilegio speciale è regolato nel capitolo consacrato al pegno propriamente detto, nel capitolo del *Pegno*: e ciò abbiam fatto dal canto nostro. Astenendoci dunque in questo luogo da tutti gli sviluppi che trovano meglio il loro posto nel *Comentario trattato del Pegno*, noi ci limitiamo a ricordare, che la condizione necessaria del privilegio è che il creditore sia investito del pegno, vale a dire, che abbia un possesso reale ed attuale, non già un possesso civile, finto, simulato, precario (3), e che il privilegio non si sostiene che in quanto il creditore detentore del pegno, investito del possesso della cosa, continui a possederlo. Rammentiamo altresì che, se lo spossessamento fa perdere il privilegio, ciò non è vero che del solo spossessamento volontario, perchè esso solo implica, dal canto del creditore, una rinunzia al suo pegno. Maggiormente sarebbe così, se il creditore detentore del pegno se ne trovasse spossessato in seguito di una perdita o di un furto. In questo caso la rinunzia per parte del creditore ha un dritto legittimamente acquistato, non può supporsi in modo alcuno, e per conseguenza il creditore potrà, col favore di questo stesso dritto, revindicare tra le mani di qualunque terzo possessore il pegno che avesse perduto o che gli si fosse involato. Se questo dritto di revindica esiste, come si è veduto di sopra (n. 130) in favore del locatore, vale a dire di un creditore il cui privilegio è fondato su di una *tacita* costituzione di pegno, a più forte ragione lo si debbe accordare ad un altro creditore il cui privilegio ha il suo principio e la sua causa in una *espressa* costituzione di pegno (4). Nonpertanto, quale che sia l'analogia che passa tra il creditore detentore del pegno e il locatore, il quale è in fondo anch'egli un creditore detentor di pegno, il dritto di revindica trae la sua origine, pel primo, nell'art. 2279, Cod. Nap. e non già nel nostro articolo, il quale consacra questo stesso dritto in favore del secondo. Ecco perchè l'azione in revindica del creditore detentore del pegno non sarà racchiusa nel termine di quindici o di quaranta giorni, come quella che è accordata al locatore, essa sarà regolata dal dritto comune e sussisterà come quella del proprietario, durante tre anni a contare dalla perdita o dal furto (5).

IX. — 138. *Spese fatte per la conservazione della cosa.* Il nostro articolo qui consacra un privilegio, di cui i primitivi progetti del Codice avevano omesso di parlare. Si può vedere in fatti consultando le prime redazioni che, nella enumerazione dei crediti privilegiati su taluni mobili, erasi passato dal credito sul pegno, di cui abbiam detto poche parole di richiamo, a quello del creditore di oggetti mobiliari, al quale giungeremo ben presto (6). La sezione di legislazione del Tribunato fu quella la quale, sulla comunicazione officiosa che ricevette del progetto, dette l'avviso d'intercalare al posto che oggidì occupa il credito delle spese fatte per la conservazione della cosa (7). Nulla di più incontestabile, come diceva il Tribunato per giustificare la sua proposizione, che il fondamento di questo privilegio, ed Ulpiano lo spiega energicamente allorchè, dopo aver presentato, nella legge 5, ff. *qui pot. in pign.*, il fatto di avere sborsato per conservare la cosa, come un caso in cui il creditore più recente deve primeggiare un creditore più antico, aggiunge nella L. 6, *Hujus enim pecunia salvam fecit totus pignoris causam.* Colui che ha fatto spese per la conservazione della cosa ha dunque fatto l'affare della generalità dei creditori, poichè ha

(1) *Ve.* Persil (p. 105, n. 5).
(2) Cass., 12 nov. 1839.
(3) Ved. Bruxelles, 11 dic. 1806. — Ved. pure Parigi, 24 apr. 1827.
(4) Persil (art. 2102, § 2, n. 1), Duranton (t. XIX, n. 105), Valette (n. 49), Mourlon (n. 112).

(5) Ved. gli autori citati alla nota precedente, tranne il solo Mourlon che è di contrario avviso (n. 144).
(6) Art. 10 del 1° progetto, e 11° del 2°. — Ved. Locré, (t. XVI, p. 224, 247).
(7) Locré (*Ibid.*, p. 314).

conservato il comun pegno. Come potrebbe non essere privilegiato sino a concorrenza della spesa sulla cosa conservata?

139. Il privilegio si applica alle spese fatte per la conservazione di un oggetto mobiliare, vuoi che le spese siensi fatte per una cosa animata, p. es. pel nutrimento di un cavallo, o per la sua guarigione in caso di malattia, vuoi che siensi fatte per una cosa inanimata, come per la riparazione di un mobile. Si applica parimenti alle spese fatte per la conservazione di una cosa incorporale; in questo senso gli anticipi di fondi si son considerati come fatti per la conservazione di un credito del debitore ed han valuto al locatore di fondi il privilegio consacrato dal nostro articolo (1). Ma in tutti i casi non può qui trattarsi che di spese fatte per la conservazione di una *cosa mobiliare*; ciò è evidente, dal perchè il nostro articolo nel suo insieme è relativo ai privilegi speciali su *taluni mobili*, e d'altronde il privilegio delle spese fatte su immobili è regolato dall'art. 2103. Di qui la conseguenza che, se un oggetto mobiliare ad occasion del quale sono state erogate spese di conservazione, viene a mutar di natura, come se è immobilizzato per destinazione o per incorporazione, il privilegio cessa di esistere: l'oggetto mobiliare, ormai parte integrante dell'immobile è liberato, come l'immobile stesso al quale si rannoda (2).

140. Ma che cosa fa d'uopo intendere per *spese fatte per la conservazione della cosa*? Il nostro articolo non definisce; nonpertanto l'intimo significato ci dice che queste spese sono quelle, senza di cui la cosa sarebbe perita, o almeno avrebbe cessato di adempiere la sua destinazione (3). Sotto questo punto di vista non potremmo approvare un arresto della Corte di Parigi del 28 genn. 1843 (non riprodotto nelle Raccolte), la cui specie è indicata nel giornale *il Dritto* del 29 gennajo 1813, se questo arresto ha realmente inteso decidere, potersi considerare come spese fatte per la conservazione della cosa gli onorarii pagati da una parte all' avvocato; soluzione al certo ben inesatta, chè da una banda, come ha detto il Tribunal della Senna in una altra specie riprodotta nello stesso nomero del giornalo, per quanto sien illuminati i consigli di un avvocato, non possono creare in favore della parte il suo dritto che è preesistente; da un' altra banda questi consigli i quali possono ben tendere a mettere in luce il dritto, non sono tali da conservarlo nel senso della legge, poichè non è possibile di dire che, senza di essi, il dritto sarebbe perito e la giustizia impotente a riconoscerlo da sè stesso ed a sanzionarlo. Gli onorarii inerenti a questi consigli non sono dunque nella condizione voluta per dare origine al privilegio, nelle condizioni di rannodarsi le spese alla cosa stessa per la quale sono fatte, e di formare quasi un elemento essenziale, senza di cui la cosa sarebbe perita.

Si è parimenti forzato il senso del nostro articolo, allorchè si è voluto applicarne la disposizione alla somme dovute dal sostituito al servizio militare, allorchè per giungere ad un tal risultato si è detto, che al servizio del sostituente sotto le bandiere è dovuta la conservazione del prezzo regolata tra il sostituito e l'agente di cambii, e che per tal motivo la legge accorda al sostituente un rango di favore nella distribuzione di questo prezzo (4). Quale che sia il favore che si rannoda al credito del giovane che si è obbligato ad entrare per un altro nel servizio militare, allorchè l'intermediario che si è civilmente obbligato rispetto a lui è divenuto insolvibile, i termini della legge resistono a che la somma dovuta a questo intermediario dal sostituito per prezzo della sostituzione sia affetta a titolo di privilegio alla soddisfazione del sostituente. Tale è la dottrina sostenuta dal Marcadè (ved. art. 1779 n. 3, *in fine*), ed è pur quella che è prevaluta innanzi la Corte di Cassazione e la Corte di Parigi (5). Per quanto sia rigorosa, avuto riguardo al favore del credito, essa è esatta in dritto; e del resto vi è meno a dolersene, dacchè la legge del 26 aprile 1855 relativa alla creazione di una dotazione dell'armata, creando il sistema di esonerazione dal servizio, mercè prestazioni versate alla cassa di dotazione, ha annullato in fatto le compagnie di cambii ed ha posto in realtà in loro vece la cassa di dotazione (6).

141. Non essendo il privilegio accordato che a colui il quale ha conservato la cosa, ne segue che chi l'avesse semplicemente migliorata, cho le avesse dato soltanto una plus-valenza non è nelle condizioni della legge e non ha dritto al privilegio. La giurisprudenza offre non pertanto talune decisioni in senso contrario, la Corte di Colmar segnatamente ha combattuto la induzione mercè un'argomentazione

(1) Cass., 13 magg. 1833. — ved. Parigi 16 dic. 1841.

(2) Questa conseguenza che noi qui deduciamo dal testo è stata formalmente consacrata dalla legge belga del 16 dic. 1851, la quale ha riformato il regime ipotecario nel Belgio (ved. art. 20, n. 5 di questa legge).

(3) Ved. Bordeaux 28 magg. 1832; e Angers 8 nov. 1818; Rouen 6 genn. 1842.

(4) Tolosa, 16 giug. 1831; Lione 21 marzo 1833; ved. pure Troplong (Locaz. n. 858).

(5) Cass. 13 genn. 1841; Parigi 16 ag. 1838.

(6) Ved. gli art. 5 e segg. della legge suddetta. Vedi pure l'esposizione dei motivi del Rouher, e il rapporto di Adolfo Belleyme, *Monitore* 30 genn. e 21 marzo 1855.

la quale a primo aspetto sembra logica oltre ogni credere:si è la natura del credito,ha essa detto,quella che deve determinare e la qualifica e il rango che debbe tenere frai crediti in generale,e non si possono sconoscere nella specie del reclamo per parte di un operaio che ha *riparato* la cosa, tutti i caratteri che costituiscono il privilegio; essendo probabile che le sostanze estranee,lo ingegno e la mano d'opera impiegati dall'operaio,abbiano impresso alle materie brute del debitore, un carattere,una qualità superiore, procurando loro un grande aumento di valore. Or questo accrescimento di prodotto essendo il risultato delle spese, dell'abilità e dei lavori dell' operaio, è di tutta giustizia ch'el goda, su questi oggetti della sua industria e delle sue spese, degli stessi vantaggi, dello stesso privilegio che la legge accorda agl'imprenditori degli edifizii migliorati, fabbricatori ed altri operai (1). La Corte di Rouen si è spinta sino a dire che, poichè giusta i termini del nostro articolo, il creditore ha un privilegio per le spese fatte per la conservazione della cosa, *a più forte ragione* debbe averlo per l'aumento di valore dato a tale cosa (2). — Ma guardandovi da presso, è evidente non potersi seguire siffatta dottrina. Il nostro articolo è preciso, è positivo; esso parla di spese fatte per la *conservazione* della cosa; è uopo dunque non estenderlo alle spese fatte pel *miglioramento*, chè, ripetiamolo, trattasi qui di un privilegio, e i privilegi non si stabiliscono per via d'interpetrazione. Del resto, non senza ragione questo articolo ha disposto in termini restrittivi. Le spese di miglioramento, il concediamo, mettono nel patrimonio del debitore, al pari di quelle per conservazione, ma solo in una proporzione minore, una cosa che non vi sarebbe senza queste spese, il che è appunto la causa ed il fondamento del privilegio. Ma non pertanto, se si considera l'oggetto stesso di questo privilegio, che è la plus-valenza, si vede con quanta saggezza la legge ha proceduto, distinguendo tra queste due specie di spese. In qualunque stato di causa, è agevole il determinare il valore che è entrato nel patrimonio del debitore mercè le spese di *conservazione*, è la cosa stessa, la cosa per quel che vale; e per conseguenza l'obbietto su cui deve cadere il privilegio si mostra senza alcun impaccio nè difficoltà. Applicate al contrario il privilegio alle spese di *miglioramento*, e vedrete sorgere d'un subito le più impaccianti complicazioni; è uopo ravvicinar la cosa quale è dopo il lavoro dell'operaio alla cosa qual'era pria; paragonare, espertizzare, per notarvi quella plus-valenza sulla quale soltanto può esercitarsi il privilegio. Ben si comprendono tutte le contestazioni e litigi che tale necessità avrebbe potuto ingenerare, per evitarli il legislatore ha scritto il nostro articolo in un pensiero restrittivo.Ha proceduto altrimenti riguardo allo spese fatte sugl' immobili (art. 2102); ed a ciò si rannoda la Corte di Colmar per conchiuderne da questo caso a quello che ne occupa. Ma appunto là trovasi l'argomento decisivo contro la sua dottrina; chè se le spese di miglioramento son privilegiate, allorchè si riferiscono ad immobili, si è sotto talune condizioni; il privilegio è subordinato al rigoroso adempimento della formalità con l'aiuto delle quali si giunge a constatare la plus-valenza risultante dai lavori. Or nel nostro articolo nulla v'è di simile o di analogo. Il legislatore ha compreso che l'impiego di formalità simili o equivalenti sarebbe per così dire impossibile, in materia di mobili, ovvero troppo costoso, avuto riguardo alle spese che trattasi di garentire. In tutti i casi ha serbato silenzio e con ciò ha dato sufficientemente ad intendere che, lungi dall'assimilare le due situazioni, ha voluto distinguere e non applicare alla prima il privilegio che consacrava nella seconda per le spese di miglioramento (3).

142. Ma se l'operaio il quale ha migliorato la cosa mobiliare non ha per le sue spese il privilegio che garentisce le spese di conservazione, ha almeno il dritto di ritener la cosa sino a quando non sia pagato di quanto gli è dovuto. Questo dritto di ritenzione è di tutta giustizia, chè esso implicherebbe che il proprietario di una cosa migliorata dal lavoro dell'operaio, al quale l'ha confidata, potesse esigere che quest' operaio gli rendesse la cosa pria di essere rimborsato delle spese che vi abbia potuto fare ed indennizzato del lavoro col quale ne ha aumentato il valore. Questo dritto è consacrato altresì dalla legge positiva, chè esso s'induce ad evidenza dai termini dello art.. 570, Cod. Nap. — Ma perchè l'operaio possa pretendere a questo dritto e conservarlo, è uopo che rimanga detentore della cosa da lui riparata; lo perderebbe, se venisse a spogliarsene. Così, dopo aver consegnato la cosa da lui riparata, non potrebbe, se questa stessa cosa ritornasse nelle sue mani per una novella riparazione, ritenerla fino a che fosse pagato delle spese della prima riparazione, e di cui avesse trascurato di reclamare il

(1) Colmar, 7 marzo 1812.— Ved pure Grenier(t. II, n. 314) Zachariae(t. II p. 111)
(2) Rouen, 28 giugno 1825;
(3) Delvincourt(t. III, p. 131, nota 15), Persil (art. 2102, § 2, n. 2), Dalloz (*loc. cit.* n. 6), Duranton (t. XIX. n. 115), Troplong, (o. 176), Valette, n. 82; Mourlon n. 114 — Ved. pure Angers, 6 lug. 1826, Parigi, 5 marzo 1858, Tolosa 7 dic. 1858.

pagamento; non potrebbe neppure esercitare il dritto di ritenzione ad di una cosa, finchè fosse pagato delle spese che avesse fatto ad occasione di una cosa diversa. Troviamo non pertanto un arresto della Corte di Cassazione, secondo i termini del quale l'operaio che, in forza di uno stesso contratto, ha ricevuto da un negoziante un certo numero di pezze di stoffi per fare a ciascuna di esse uno stesso lavoro, mercè una stessa operazione, ha un dritto di ritenzione sulle pezze che rimangono in suo potere, ad effetto di essere pagato non solo delle fatture di queste pezze, ma ancora di quelle già consegnate (1). Ma eravi in tal caso la particolare circostanza che tutte le pezze erano state consegnate all'operaio in forza di uno stesso contratto, per essere sottoposte allo stesso lavoro, con l'aiuto degli stessi mezzi meccanici. Ciò spiega la decisione; ma tranne queste circostanze o altre analoghe, è mestieri che il dritto di ritenzione, estinto con lo spossessamento, non può nascere col fatto ulteriore che avesse rimesso l'operaio in possesso. Questo punto è stato frequentemente risoluto in tal senso (2).

143. Per altro il privilegio annesso alle spese fatte per la *conservazione* della cosa distinguesi in ciò dal dritto di ritenzione che garentisce il credito delle spese di *miglioramento*. Questo privilegio, tutto che si eserciti esclusivamente sulla cosa conservata e non si estenda a tutt' altra cosa mercè la quale questa fosse rappresentata, è indipendente non per tanto dal fatto del possesso e da ogni idea di detenzione. Il creditore è privilegiato sol perchè, conservando la cosa, ha fatto l'affare di tutti. Poco dunque rileva che sia rimasto o pur no investito della cosa; il privilegio sussiste, purchè la cosa sia rimasta la proprietà del debitore, salvo ben inteso il dritto che potrebbero avere gli altri creditori di costui di opporre dal suo canto la tale o tal' altra prescrizione, mercè la quale il privilegio fosse estinto col debito stesso. P. es. Paolo ha fatto spese, le quali àn conservato un mobilisre che Pietro gli aveva consegnato per ripararo; indi dopo le riparazioni, egli ha restituito il mobilisre a Pietro, senza essere rimborsato delle sue spese ed indennizzato delle sue cure. Queste spese sono privilegiate, tutto che il mobiliare più non sia tra le mani di Paolo, poichè àn conservato la cosa. Ma se fossero trascorsi oltre a sei mesi, dal giorno in cui Paolo si è spossessato, gli altri creditori di Pietro, agendo a di lui nome, potrebbero opporre la prescrizione dell' art. 2271, e con tal mezzo mettere da banda Paolo, il quale senza di ciò li avrebbe primeggiati.

X. — 144. *Prezzo di effetti mobiliari non pagati.*—Il più frequente fra tutti i contratti, ed altresì il più necessario sotto il punto di vista delle relazioni sociali, la vendita, meritava tutta la protezione della legge. Era mestieri incoraggiar la vendita in ragione della utilità che presenta nel muvimento della vita civile, e per ciò dare al venditore che consente a spogliarsi dalla sua cosa le garenzie più atte ad assicurarlo ch' ci riceverà l'equivalente o i prezzo, oppero il legislatore dopo aver detto che il venditore, nel caso di una vendita a contante, non è tenuto a consegnar la cosa, se il compratore non ne paghi il prezzo (art. 1612); e che in tutti i casi, vuoi che abbia venduto a termine, vuoi che abbia venduto contante, il venditore può domandare la risoluzione della vendita, se il compratore non adempia l'obbligo che ha di pagare (art. 1654), il legislatore vien qui nel nostro articolo a consacrare, indipendentemente da questi dritti di ritenzione e di risoluzione, in pria un privilegio pel prezzo di effetti mobiliari non pagati, se sono ancora in possesso del debitore, vuoi che costui abbia comprato questi effetti a termine, vuoi che li abbia comprati a contante, ed indi in quest'ultimo caso di vendite a contante, un dritto di revindica che deve esercitarsi nelle condizioni determinate. Ci occuperemo successivamente di questi due dritti. Il nostro articolo, come abbiam già detto (*ved.* n. 111), tutto che non abbia in mira la classifica dei privilegi in taluni mobili, ben si occupa inoltre in questo luogo, per eccezione del concorso del prezzo di effetti mobiliari non pagati col credito delle pigioni ed estagli di immobili, e regola il conflitto tra' due privilegi. Ma noi lasceremo momentaneamente da banda questo punto per ritornarvi sul nostro comentario dell'art. 2096, in cui tratteremo della classifica dei privilegi in modo generale, ed in quanto al presente ci atterremo a quel che si rannoda al *Privilegio* e al *Diritto di revindica*.

145. E pria di tutto, gli è importante insistere su di un punto comune a queste due distinte garenzie. La legge non le accorda che al venditore *non pagato*. Gli è evidente infatti, che dal momento in cui evvi pagamento, vi è affare consumato, situazione acclarata tra le parti contraenti, per l'adempimento che hanno entrambe dato alle rispet-

(1) Rig. 9 dic. 1840.
(2) Ved. Rig. 12 brum. anno II; Brusselles, 17 giug. 1830; Grenoble 14. genn. 1815; Rouen 1. marzo 1827; Parigi 31 magg. 1827; Rouen 17 dic. 1828 e 25 febb. 1829; Rig. 17 marzo 1829; Lione 27 marzo 1835.

tive obbligazioni a cui erano tenute, di tal che tutte le garenzie che sino al pagamento avevano avuto la loro ragione di essere, divengono necessariamente senza obbietto dopo il pagamento. Ma il punto di sapere, se siavi o pur no pagamento, che nella generalità dei casi non lascerà luogo a dubbio, può dar luogo in talune particolari situazioni a serie difficoltà. P. es. io vi vendo la mia biblioteca mercè 10 mila franchi che voi dovete sborsarmi nel portar via i miei libri. Voi prendete la mia biblioteca e mi sborsate i 10mila franchi, tutto è tra noi conchiuso, il mio privilegio e il mio dritto di revindica più non esistono; a dir vero, non han neppure avuto origine, ciò non è mica da porsi in dubbio. Parimenti ancora, se contando sulla promessa da voi fattami di pagarmi domani, io vi lascio portar via la biblioteca, di cui dovevate sborsarmi il prezzo al momento stesso, e se, impedito poscia a mantener la vostra promessa, voi mi offrite invece dei 10mila franchi che mi dovete, taluni quadri che io accetto; ovvero se col mio consenso sostituite a voi stesso Pietro che vi deve 10mila franchi e che li verserà nelle mie mani invece di versarli nelle vostre, ovvero da ultimo se voi vi obbligate a passare a Giuseppe la rendita vitalizia di 800 fr. che io gli debbo, mercè che io vi assolvo dal vostro debito; in queste tre ipotesi altresì la soluzione si presenta senza alcun possibile equivoco; ognuna di queste tre ipotesi riproduce uno de' casi di novazione enumerati nell' art. 1271 del Codice Napoleone e per effetto di tale novazione, la prima obbligazione si è estinta con le garenzie che le erano proprie, per conseguenza col privilegio e col dritto di revindica consacrati dal nostro articolo; si è formata un' altra obbligazione, e siccome essa più non procede dal contratto di vendita, il privilegio e il diritto di revindica accordati al venditore più non potrebbero rannodarvisi. Ma se non potendo pagarmi attualmente, voi mi domandate, per liberarvi, il termine di un anno che io vi accordo, non vi è novazione; la primitiva obbligazione sussiste, non ostante il termine che io ho consentito ad accordare, e sussiste con le garenzie che la proteggevano, chè il mio credito procede sempre da un contratto di vendita, ed io sono un venditore di effetti mobiliari non pagato. Andiamo più oltre e supponiamo che, impedito di pagare attualmente, voi mi avete fatto accettare dei biglietti in pagamento; in questo caso eziandio resterà la primitiva obbligazione con le garenzie; a meno che nel ricevere i biglietti e dare la quietanza del pegno, io abbia formalmente rinunziato a siffatte garenzie. Se al contrario io le avessi riservate, esse sussisterebbero; ciò è evidente; ma è uopo andar più oltre e dire che, nel caso stesso in cui la quietanza tacesse su questo punto, le garenzie non resterebbero men rannodate al credito. È questo, il sappiamo, un punto molto controvertito, e trovansi in dottrina e in giurisprudenza autori ed arresti che si sono pronunziati in senso contrario. Ma il Marcadè confutandoli (ved. *Comentario trattato delle obbligazioni*, n. 768) ha dimostrato vittoriosamente che in tal caso il venditore debbasi reputare non aver accettato i biglietti che come modo di pagamento di un debito cui voleva conservare energico il più possibile, e non aver liberato l'acquirente che sotto la condizione ben naturale dello incasso dei biglietti. Rapportandoci alla argomentazione decisiva del Marcadè, soggiungiamo che, nella pratica, in cui questa situazione si presenta ben di frequente, vi sarebbe mezzo di ovviare alla difficoltà e non lasciarlo neppure il mezzo di nascere; sarebbe quello di esprimere la causale dei biglietti in modo da non lasciare alcun possibile dubbio sul pensiero del venditore. In generale i biglietti ricevuti invece del prezzo portano per causa « valuta ricevuta contante » indicazione equivoca, ovvero « valuta ricevuta in ispecie » altra indicazione anche più equivoca. Si metta invece « valuta in prezzo di vendita » o più non è possibile il dubbio, nel senso che la indicazione rannoda il biglietto al contratto di vendita, e divien così quasi l'equivalente di una formale riserva che fosse fatta nella quietanza (1).

Ciò detto, ci occuperemo distintamente del privilegio e del dritto di revindica accordati al venditore di effetti mobiliari non pagati.

X *bis.* — 146. *Del privilegio.* — Checchè ne abbia detto il Grenier (2), è certo che il dritto romano non conferiva al venditore alcuna specie di privilegio. Delle due l' una: o il venditore seguiva la fede del compratore vendendo a termine e a credito, ed allora il contratto era interamente consumato, *statim res fit emptoris* (Inst. di Giust., *de rer. div.* § 41), di tal che il venditore più non aveva che un'azione personale in pagamento del prezzo; o il venditore aveva venduto senza termine, ed allora, tutto che avesse consegnata la cosa senza ricevere, vuoi il prezzo, vuoi una garenzia, conservava la proprietà e poteva revindicare la cosa in caso di non

(1) Ved. un arresto della Corte di Metz del 26 genn. 1854 il quale pronunzia in una specie in cui i biglietti dati portavano questa precisa indicazione. — *Ved* pure le autorità citate dal Marcadè sulla quistione generale — *Adde* Metz, 27 ag. 1852; Parigi 2 aprile 1853.

(2) Grenier, t. II, n. 383

pagamento, di talchè non aveva d'uopo nè privilegio, nè d'ipoteca (1). Il privilegio del venditore è dunque di dritto francese, come ha fatto notare il Pothier (2). Esso è consacrato dalla consuetudine di Parigi la quale, dopo avere stabilito nell' artic. 176 il dritto di « seguir la cosa in qualunque luogo sia trasportata » a pro di colui che ha venduto « taluna cosa mobiliare senza scadenza, sperando essere pagato prontamente » dice nell'articolo 177: « E non di meno, tutto che abbia accordato termine, se la cosa trovisi sequestrata al debitore da altro creditore, ei può impedir la vendita ed è preferito sulla cosa agli altri creditori. » Il privilegio è consacrato negli stessi termini dall' art. 458 della consuetudine di Orleans, il quale riunisce in un solo contesto le due disposizioni degli articoli 176 e 177 di quella di Parigi. Il privilegio d' altronde sembraci così favorevole che la giurisprudenza se ne avvale e lo estende non solo in paesi, la cui consuetudine tace (3), ma ancora a taluni di quelli regolati dal dritto scritto e che accettano questa deviazione al dritto romano, di cui seguono sugli altri punti i principii (4). Il pensiero dominante dovunque, pensiero tutto di equità, è d' impedire che effetti mobiliari venduti e non pagati servano a soddisfare i creditori del compratore, ed arricchire questi creditori dei beni del venditore in suo pregiudizio (5). Il Codice Napoleone conferma questa giurisprudenza sì profondamente equa. In conseguenza, esso ne dice che « il prezzo di effetti mobiliari non pagato, se sono tuttora in possesso del debitore, vuoi che li abbia acquistati a termine o senza termine » costituirà un credito privilegiato. Or quali sono secondo siffatta disposizione, la causa del privilegio, l'obbietto di esso e le condizioni della sua esistenza? Son questi altrettanti punti che dovremo esaminare.

147. In quanto alla causa del privilegio, essa è nel contratto mercè il quale una delle parti ha trasmesso all' altra effetti mobiliari mediante un prezzo che questa non ha pagato. Un primo punto è fuori dubbio; il privilegio esiste, vuoi che la trasmissione siasi fatta a termine, vuoi che siasi fatta senza termine. Il nostro articolo, seguendo per altro in ciò la consuetudine di cui ha adottato la disposizione, ai spiega in modo anche più preciso; non v'è dunque possibile equivoco.

Ma altrettanto non è sul punto di sapere quali sono le cose di cui il legislatore ha voluto proteggere la trasmissione mercè il privilegio che accorda. Questo privilegio giusta il testo si accorda alla vendita di *effetti mobiliari*. Che vuol dir ciò? Se la vendita à avuto per oggetto delle cose incorporali, come un credito, un fondo di commercio, un uffizio, il venditore sarà o pur no protetto dal privilegio? Sembra che ciò non dovrebbe neppure mettersi in quistione: chè in fine se, latore di un credito, proprietario di un fondo di commercio o titolare di un uffizio, io ho fatto passare nel vostro patrimonio, vuoi il credito, vuoi il fondo di commercio, vuoi l'uffizio, in che cosa sarei men degno dell'interesse e della protezione della legge, che se vi avessi venduto il mobiliare del mio salotto, o la mia galleria di quadri? E se voi non mi pagate il prezzo che abbiamo stipulato per la cessione del mio credito, del mio fondo di commercio, o del mio uffizio, in che cosa la legge sarebbe meno ingiusta e meno odiosa permettendo ai vostri creditori di arricchirsi a mio pregiudizio di questo prezzo, che è la mia cosa, o che la rappresenta, di quel che sarebbe stata consegnando loro, per dividerselo in mio detrimento, il prezzo del mobiliare del salotto o della galleria di quadri che io vi avessi venduto? Nonpertanto queste idee sì semplici, al profondamente eque, sono state oscurate dalla discussione. Vi sono stati autori ed arresti, i quali, soffermandosi servilmente alla lettera, an voluto attendervisi per dimostrare l'intenzione in cui sarebbe stato il legislatore di non rannodare il privilegio se non al prezzo delle cose corporali e dei beni mobili per loro natura (6). Ma questa dottrina à pochi partigiani; la più costante giurisprudenza oggidì la condanna; e tutta la dialettica recentemente posta in pro di questa causa da un giovane scrittore, la cui intelligenza e sagacia sono abitualmente meglio ispirate (7), non potrebbe far che la causa non sia diffinitivamente perduta. La giurisprudenza e gli scrittori decidono ora tutti unanimi che il privilegio stabilito dal nostro articolo in favore del creditore sul prezzo degli effetti mobiliari non pagati si applica non

(1) Ved. Troplong (n. 181), e Valette, n. 84

(2) Pothier, *Com.m. della consuet. di Orleans*, art. 458, nota 2.

(3) Arresto del 12 apr. 1588, reso per l'ambito della consuet. di Montfort. Ved. Louet. lett. P, n. 19 Arresto del 2 sett. 1608 reso per l'ambito della consuet. di Ponthieu. Ved. Bouguier, lett. C. cap 9 — Ved. pure Bacquet (*Tr. dei dritti di giust.*, c. p. 21. n. 408).

(4) Arresto del Parlamento di Tolosa del 22 sett. 1628. Ved. d'Olive. lib. 4, cap. 10; arresto del Parlamento di Lione del 27 nov. 1574, ed atto di notorietà del presidiale di Lione del 4 febb. 1651. Ved Brodeau su Louet. *loc. cit.*

(5) Ferriere (art. 177, n. 1 della sua *Comp. del Comm. della Consuet. di Parigi*)

(6) Ved Parigi, 18 magg 1825 e 26 nov 1833. — Ved. Persil art. 2102, § 4, n. 4).

(7) Mourlon n°. 125.

solo ai mobili corporali; ma ancora ai mobili incorporali, quali i crediti, i dritti successorii,le clientele,o fondi di commercio (1). E questa giurisprudenza non può che sostenersi perchè in definitiva è giusta, ed anzi fondata in dritto, checchè se ne dica: giusta, poichè, ripetiamolo, il venditore di mobili incorporali non è men degno d'interesse e di protezione del venditore di cose corporali; fondata in dritto, perchè l'art. 535. Codice Nap. che colloca i mobili incorporali nella categoria degli effetti mobiliari, lor rende applicabile con ciò stesso il testo del nostro articolo.

148. Evvi nonpertanto una classe di beni incorporali, ad occasione dei quali la quistione può complicarsi; vogliamo intendere gli uffizii. Non è già che per massima il privilegio non debba proteggere altresì il credito avente per oggetto un prezzo di uffizio non pagato; indarno talune giudiziarie decisioni han collocato questa specie di beni in una posizione eccezionale sotto questo rapporto (2); la più costante giurisprudenza lo mantiene oggidì nei termini del dritto comune e riconosce che il credito del venditore di un uffizio è privilegiato al pari di quello del venditore di effetti mobiliari quali che sieno (3), purchè per altro il credito risulti da un atto scritto anteriore alla cessione e che ne stabilisca regolarmente le condizioni (4).

Ma supponiamo che per una colpevole trasgressione un uffiziale ministeriale si mischi nel movimento di affari commerciali, agisca come negoziante, ed in fin dei conti sia posto in istato di fallimento; supponiamo ancora che mancando gravemente ai doveri della sua carica, richiami su di sè la pena della destituzione,il privilegio la cui esistenza è ora riconosciuta o fermata come regola, sussisterà ancora in questi due casi? Queste due quistioni che la pratica suscita in siffatta grave materia non sono egualmente serie.

In quanto alla prima essa si risolve senza difficoltà, in certo modo da sè stessa e in forza delle regole medesime da noi indicate. Il credito del venditore di un uffizio, abbiam detto, è privilegiato allo stesso titolo di quello del venditore di effetti mobiliari quali che sieno; gli è che in effetti questo privilegio non ha nè può avere il suo fondamento e il suo principio che nel § 1 del nostro articolo 2102. Or l'art. 550 Cod. di Comm., tal quale è passato nella legge del 1838, modificativa del titolo del fallimento,dispone nel modo più generale che « il privilegio e il dritto di revindica, *stabiliti dal n. 4, dell'art* 2102 *Cod. Nap.*, a pro del venditore di effetti mobiliari, non saranno ammessi in caso di fallimento ». Come dunque ed a qual titolo, avvenendo un tal caso di fallimento, il privilegio del venditore di un uffizio sarebbe ammesso piuttosto che il privilegio del venditore di qualunque altro effetto mobiliare? Ed allorchè questo privilegio ha la sua origine nel n. 4 del nostro articolo, come dunque sopravviverebbe ad un fallimento, il cui effetto, giusta l'art. 550 Cod. di Comm., è di rendere ormai inammessibile il privilegio stabilito da questo stesso numero? Epperò, salvo talune opinioni discordanti, si è di accordo nel riconoscere che il privilegio annesso al prezzo di un uffizio non sopravvive al fallimento del cessionario col quale à contrattato il titolare (5).

Ma la seconda quistione è gravemente controvertita. La Corte di cassazione chiamata per la prima volta a risolverla nel 1847, nella celebre causa Lehon,si pronunziò sin da quell'epoca per la estinzione del privilegio per effetto della sostituzione,e quindi ha persistito in siffatta dottrina con estrema fermezza (6). Al contrario le corti imperiali sono stati divergenti, anzi talune dopo aver sostenuto il privilegio nonostante la destituzione, han giudicato in senso opposto per adottar la dottrina della Corte suprema (7). E tale dottrina anche noi abbiam creduto dover adottare. Abbiam pensato, e dopo novello esame pensiamo ancora che da una banda il dritto di presentazione (sola cosa che possa formar l'obbietto di una privata convenzione tra il titolare e il suo successore) essendo estinto per effetto della destituzione, è vero il dire che la cosa è perita e per conseguenza che il nostro articolo, il quale

(1) Ved. Cass. 28 nov. 1827; Rig. 2 genn. 1838., Parigi 8 febb. 1831 e 1°. dic 1831; Bourges. 26 genn. 1844; Montpellier, 21 dic. 1841, Tolosa 14 dic. 1850 e 12 lug 1850.— Ved. pure Delvincourt, t. III, p 275, note; Dalloz, *loc. cit.* n. 10; Duranton (t. XIX. n. 126, Zachariae (t. II, p. 112, n. 121), Taulier (t. VI, p. 151), Troplong. (n. 187); Valette (n. 86, p. 109).

(2) Ved. segnatamente Rouen 16 apr. 1830 e 29 dic. 1847.

(3) Ved. Rig. 16 febb 1851 e 11 dic. 1847; Orleans 12 magg. 1849 o 31 genn. 1846; Lione 9 febb 1850; Parigi 12 magg. 1855; 28 genn. e 21 magg. 1851; Colmar, 12 marzo 1858; Caen, 31 giug. 1853, Bourges 1°. marzo 1844.

(4) Cass. 23 genn 1843.

(5) Ved Parigi 16 genn 1842, Lione 9 dic. 1850; Cass. 23 ag. 1853; Bourges 11 ag. 1855.—Ved. pure Pardessus, n° 1204; Renouard (t. II, p. 262), Bédarride. (t. II, n. 940).— Ved. non pertanto l'arresto di Nimes del 13 marzo 1811, cassato dall'arresto suddetto del 23 ag. 1855, e Esnault, t. III, n 658.

(6) Ved Cass 7 lug. 1847, 15 febb., 26 marzo e 25 apr. 1849, 23 marzo e 10 ag. 1855.

(7) Ved. segnatamente Parigi e Orleans le quali, dopo aver giudicato lo favore del venditore, la 1°. il dì 11 dic. 1839, 3 giug 1845 e 9 genn. 1851, e la 2°. il 31 lug 1846 si son collegate alla dottrina contraria con gli arresti del 3 febb., 9 marzo e 2 luglio 1852. — *Adde* nel senso del privilegio, Lione 1° marzo 1838, Bordeaux 2 dic. 1842 e Rennes 28 lug. 1831; ed in senso contrario, Rouen 27 dic. 1847 e Nimes 17 febb. 1852.

(come vedrem tra breve) subordina il privilegio al fatto del possesso. È ormai senza possibile applicazione: da un'altra banda che le indennità, di cui il governo abitualmente impone il peso al titolare che nomina invece da quello destituito, è un beneficio dello Stato, che non implica in modo alcuno la idea di un prezzo di vendita, e che quindi questa indennità entra nella massa comune, vi entra senza alcun peso, senza special destinazione, e diviene come tutti i beni del debitore la comune garenzia della universalità dei creditori (1) Ma si è questo un dritto rigoroso, un dritto contro di cui protesta l'equità, e che appunto perciò debbe andare incontro a gravi contraddizioni (2). Ecco in fatti una ipotesi in cui la responsabilità va a gravare sul venditore, il quale non pertanto non vi ha preso alcuna parte, non à potuto prevederla, quando ha trattato del suo uffizio; e che poscia non ha avuto alcun mezzo d'impedirla: ecco una ipotesi nella quale il creditore in deffinitiva è spogliato della sua cosa e vedrà gli altri creditori del suo debitore arricchiti a spese di una indennità alla quale ha dato luogo la perdita della sua propria cosa. Per queste ragioni al certo la Corte di Angers nelle sue osservazioni sul progetto di riforma ipotecaria, preparato dal governo nel 1840, proponeva dire nell'art. 2102, che il creditore del titolare di un uffizio sarebbe privilegiato « sulla indennità che gli uffiziali ministeriali possono ripetere dai successori fra quelli presentati ed accettati dal Re, o che il governo può giudicare equo d'imporre a tali successori allorchè non sono nominati di uffizio (3) »; per questi motivi altresì nelle discussioni più recenti, di cui la riforma ipotecaria ha formato l'obbietto, erasi modificato il primitivo progetto, conforme all'attuale stato della cosa, introducendovi un emendamento che consacrava il privilegio non solo in caso di cessione volontaria, ma anche nel caso di destituzione (4). Ma questi progetti non son venuti a capo, ed a fronte dell'attuale legge, evvi visibilmente conflitto tra il dritto e l'equità; epperò sarebbe a desiderare che lo Stato vi metta termine, e ne ha il mezzo; esso agisce per la via graziosa, quando determina la indennità che pone a carico del titolare investito invece del titolare destituito; può dunque invece di indicare in modo generale che la indennità è fissata in *favor di chi di dritto*, far da sè un'attribuzione speciale a colui il cui dritto è al certo più sacro. Il Coin-Delisle ha espresso un voto nelle sensate osservazioni, che gli ha suggerite uno dei molti arresti resi sulla materia (5); e noi direm volentieri col dotto giureconsulto « Per uno scrupolo religioso per l'amministrazione della giustizia, l'alta amministrazione dello Stato impiega queste parole; *a chi di dritto*. Ma poichè la intenzione del Sovrano è di conservare i dritti acquistati, e che tra essi il più prezioso trovasi colpito da un'interpetrazione giuridica, forse conforme alle regole del dritto, ma certo contraria all'equità, perchè mai il decreto il quale esprime una indennità graziosa, non esprimerebbe una volontà di conservazione del dritto del primo proprietario? Basterebbe inserirvi questa clausola, « *a chi di dritto, qualora il destituito fosse stato ammesso a far la presentazione del suo successore.* — In tal modo l'equità sostituirebbe un dritto rigoroso, così l'uffiziale innocente non sarebbe ruinato per la colpa del suo successore manchevole ».

In tutti i casi vi sarà sempre a desumere dal rigore stesso del dritto la induzione che l'applicazione debbe esserne ristretta nei più angusti limiti. Così, il privilegio cancellasi per effetto della destituzione; è uopo attenersi a ciò e non estendere la regola al caso di dimissione pura e semplice, anche forzata, da parte del successore del venditore creditore del suo prezzo. Ciò è stato riconosciuto dalla corte di Cassazione in una specie in cui, esigendo la dimissione del titolare, il governo aveva conservato al dimissionario il valore della sua carica, da arbitrarsi dal Tribunale, investito in pari tempo del dritto di presentare dei candidati (6). Ma, senza soffermarci alle peculiari circostanze che, nella specie, àn potuto aver la loro parte di influenza sulla decisione, è uopo andar più oltre e dire, in tesi generale, che così non è della dimissione anche forzata come della destituzione, e che se il privilegio si estingue per effetto della destituzione, debbe per lo contrario sopravvivere alla dimissione anche forzata. In fatti, che sia costretto a dimettersi, o che volontariamente si dimetta, l'uffiziale rimane con tutte le sue prerogative sino al rimpiazzo; fin allora agisce ed esercita il suo ministero; conserva il suo dritto di presentazione, chè l'art. 92 della legge del 28 aprile 1816 non lo dichiara decaduto dal dritto, se non nel caso di destituzione; epperò dei diversi arresti i quali, a quanto sappiamo, àn pronunziato sulla quistione, niuno ha ammesso che il creditore del dimissionario possa esser privato del privilegio che una giurisprudenza con-

(1) Ved. le nostre dissertazioni nella *Riv. crit.*, t. I, p. 385 e segg.; t. II, p. 406 e 407.

(2) Ved. in ispecie le notevoli dissertazioni del Duvergier (*dritto* del 31 marzo e 2 aprile 1855; Genreau (*Riv. crit.*, t. III, p. 721). Carlo Ballot (*Riv. di dritto f. e straniera*, t. V, p. 121) e Mourlon, n. 125.

(3) Ved. i documenti pubblicati nel 1841 dal ministro di giustizia.

(4) Ved. il Monitore del 12 dic. 1850.

(5) Ved. Rivista critica di legis. e giur., t. III, p. 460 e 461.

(6) Rig. 30 ag. 1854.

stante ed ormai fissa considera come inerente al suo credito (1).

Non dobbiamo più oltre insistere sulla causa del privilegio stabilito dal nostro articolo e passiamo all'obbietto che, giusta la legge, debbesi riguardare come gravato.

149. Il privilegio affetta la cosa stessa che è stata venduta, ed il cui prezzo non si è pagato: soltanto, siccome in diffinitiva non costituisce che un dritto di preferenza sul prezzo della cosa, è vero dire, che in realtà si esercita sul prezzo. P. es. Pietro ha venduto a Paolo una collezione di quadri: questi quadri sono la cosa stessa affetta al privilegio di Pietro. Ma Giacomo, altro creditore di Paolo, fa sequestrare questi quadri che sono venduti all'asta; è ben evidente che Pietro verrà ad esercitare in forza del suo privilegio di venditore il dritto di preferenza sul prezzo che, in tal modo o per la forza stessa delle cose, sarà affetto al pagamento del credito: ciò non ammette dubbio alcuno.

Arrogi che, in quanto a noi, non vi sarebbe difficoltà neppure se, invece del sequestro e della vendita da noi supposta, ci trovassimo a fronte di una rivendita fatta all'amichevole. Così Paolo nella ipotesi precedente, ha rivenduto a Giacomo i quadri di Pietro, noi pensiamo che costui avrà il diritto non solo di colpir di opposizione il prezzo dovuto da Giacomo, ma ancora di farsi collocare con preferenza su questo prezzo in virtù del suo privilegio di venditore non pagato. Troviamo nonpertanto su questo punto autorità ben gravi in senso contrario. Il Valette in ispecie insegna che il privilegio del venditore non si trasferisce dalla cosa sul prezzo che potrebbe esserne dovuto; che in tal modo, allorquando il compratore di un mobile l'ha rivenduto o consegnato, il credito del prezzo della rivendita non è affetto con preferenza al pagamento del primo creditore, e che se il privilegio si risolve in un dritto di preferenza sul prezzo, la condizione di siffatta preferenza è che il prezzo sia determinato, non già all' amichevole ed in modo arbitrario, ma all'asta pubblica, vuoi a richiesta dei creditori, vuoi per cura di un amministratore, erede beneficiato o curatore ad eredità giacente, il quale rappresenta la massa dei creditori (2). A parer nostro vi son molte ragioni perchè questa teorica non sia seguita. In pria, se tutte le cose mobiliari possono dar luogo, come abbiam veduto più sopra, al privilegio del venditore, non tutte sono suscettibili di esser vendute all'asta pubblica; così è per es. degli uffizii. Il titolare che si è dimesso dal suo uffizio senza aver ricevuto il prezzo della sua dimissione è creditore privilegiato di questo prezzo; ciò non è oggidì contestabile (ved. sopra p. 67) Or l'uffizio essendo insequestrabile a causa del suo carattere pubblico, e non potendo quindi formar l'obbietto di una vendita all'asta, ben fa mestieri, sotto pena di negare il privilegio, riconoscere che in questa ipotesi almeno, il privilegio potrà esercitarsi sul prezzo della rivendita fatta all'amichevole. La Corte di Nancy in vero, adottando il sistema del Valette, ha deciso il contrario anche in questa ipotesi, e mentre proclamava l'esistenza del privilegio in massima, ha creduto poter giudicare che, se il successore abbia rivenduto l'uffizio, il prezzo della rivendita non è affetto con preferenza al credito del primo venditore (3). Ma chi non vede la inconseguenza? E non è forse chiaro, come abbiamo altrove stabilito, che si è questa, nè più nè meno, la completa negazione del privilegio, di cui l'arresto riconosce nonpertanto la esistenza? Questo privilegio non può esercitarsi sulla cosa stessa, è evidente; l'azione non può dunque ricadere che sul prezzo della rivendita. Dire adunque al creditore che egli ha il suo privilegio finchè il debitore rimane investito della cosa, e che cessa di averlo quando il debitore l'aliena, è dargli un dritto davvero illusorio, in quanto che questo dritto, il quale sussiste finchè non vi è possibilità di esercitarsi, svanisce al punto stesso in cui potrebbesi mettere in esercizio (4). Ecco dunque una ipotesi nella quale la dottrina del Valette non può accettarsi. Ed ora sarà essa più accettabile in tutt'altra ipotesi? Evidentemente che no: chè in fin dei conti questa dottrina aggiunge alla legge una condizione che non vi si vede scritta. In qual luogo è detto che il venditore di effetti mobiliari non pagati non potrà esercitare il dritto di preferenza risultante dal suo privilegio che sol quando il prezzo, sul quale vorrebbesi far collocare, provenisse da una vendita all'asta pubblica? Ciò non sta scritto in alcun luogo. La legge ben ci dice che il prezzo di effetti mobiliari non pagati è privilegiato se gli effetti *son tuttora in possesso del debitore*. Ma è uopo stare accorti! La legge con questa condizione (sulla quale ci spiegheremo più oltre) protegge il terzo acquirente in vista della sicurezza che è mestieri dare al com-

(1) Nimes, 15 marzo 1851, Besanzone 4 genn. 1853; Bourges, 21 marzo 1854.

(2) Ved. Valette (n. 86). Tale è pure l'avviso del Persil (art. 2102, § 4, n. 1).

(3) Nancy, 2 marzo 1850.

(4) Ved. la nostra dissertazione sulla Riv. crit. di legisl., t. 4, p. 16.—In seguito il Mourlon à accettato il nostro argomento e lo à riprodotto negli stessi termini, (p. 319, nota 2.)

mercio dei mobili; ecco il suo unico obbietto; e supporre che in questo punto essa possa essere invocata dai creditori per regolare il conflitto che si elevasse tra loro, sarebbe lo stesso che sconoscerne in modo singolare il senso e la portata. P. es. Pietro ha venduto a Paolo un mobiliare che costui non ha pagato e che ha ben presto venduto e consegnato a Giacomo. Costui è definitivamente proprietario e (salvo il dritto di revindica nel caso in cui vi fosse luogo ad esercitarlo, secondo le regole che or ora esporremo), Pietro non potrà, in forza del suo privilegio, seguire il mobiliare e sequestrare tra le mani di Giacomo; chè la proprietà di tal mobiliare gli è stata legittimamente trasmessa da Paolo, e sui mobili non può esservi ipoteca nè quindi privilegio. Ma nella nostra ipotesi trattasi forse di ciò? E Pietro vien forse a sequestrare nelle mani di Giacomo il mobiliare rivenduto da Paolo? In niun modo. Pietro vien qui col suo dritto di preferenza, quindi con un dritto il quale non interessa per nulla il terzo acquirente: ei gli dice: « La legge protegge nelle vostre mani la proprietà del mobiliare che voi avete comprato, io nol contraddico; ma la legge non potrebbe dispensarvi dal pagare il vostro prezzo; pagatelo dunque ». Ed agli altri creditori di Paolo ei dice: « Questo prezzo di cui Giacomo è debitore, è il prezzo della mia cosa, son'io che l'ho posta nel patrimonio di Paolo: non è possibile che voi facciate ricco a mio detrimento. » In che cosa questo linguaggio potrebbe essere contestato? Giacomo non ha a ridirvi chè, in qualunque stato di causa, ben è uopo che paghi e quale che sia la cassa nella quale ricadono i suoi fondi, purchè sia liberato, non ha interesse nella discussione. In quanto ai creditori di Paolo, neppure han dritto a ridirvi. Ed in effetti che cosa opporrebbero a Pietro? Che il mobiliare da lui venduto a Paolo più non è in possesso di questo ultimo, ma nel possesso legittimo di Giacomo? Ma in ciò eccepirebbero il dritto di Giacomo e non il loro proprio; e la loro pretesa dovrebbesi rigettaro, tanto più che non potrebbe essere ammessa, senza che ne risultasse la negazione a un di presso assoluta del privilegio del venditore, poichè se fosse fondata rispetto al creditore che viene a reclamare il suo dritto in preferenza sul prezzo di una rivendita all'amichevole, nol sarebbe meno rispetto al creditore che reclama questo stesso dritto sul prezzo prodotto da una vendita con sequestro, non operando questa men della rivendita all'amichevole spossessamento del debitore. Conchiudiamo dunque che, se le cose sono integre, vale a dire se il prezzo della rivendita è dovuto, se è libero e totalmente purgato da qualunque affezione speciale, da qualunque regolare delegazione, questo prezzo rispetto al venditore primitivo tiene evidentemente luogo della cosa e deve, con essa, rimanere affetto al privilegio. Tale fu l'idea emessa dalla Corte di Rouen nelle osservazioni che presentò sul progetto di riforma ipotecaria preparato nel 1840: in conseguenza la Corte propose di aggiungere, dopo queste espressioni del nostro articolo: « *o se il prezzo della rivendita che ne fosse stato fatto è ancora dovuto e si trovi di distribuirlo* (1). Ma se questa precisione non è nella legge, la forza stessa delle cose vuole che vi sia supplita.

150. Queste stesse considerazioni sono decisive per risolvere un'altra quistione che, nell'ultimo stadio della giurisprudenza à ricevuto una soluzione incsattissima a parer nostro: è la quistione di sapere se, nel caso di più vendite successive e delle quali niun acquirente abbia pagato il prezzo, il primo venditore sarebbe ammesso ad esercitare il suo drillo di preferenza sul prezzo dell'ultima rivendita. La Corte di Parigi si era in pria pronunziata per l'affermativa, essa aveva deciso con un arresto, speciale gli è vero, ma non pertanto inserendo nelle sue decisioni taluni motivi ben generali, che il venditore di un uffizio ha privilegio anche sul prezzo delle rivendite successive di tale uffizio, allorchè esse hanno avuto luogo senza il suo consenso, non ostante una clausola proibitiva della vendita originaria, se per altro abbia fatto quel che era in suo potere per la conservazione del suo privilegio (2). Indi con tre arresti successivi la Corte stessa ha deciso, in tesi generale ed in senso inverso che, se il privilegio del venditore non pagato di un uffizio può esercitarsi sul prezzo della rivendita consentita dal suo successore immediato, non può estendersi al prezzo delle rivendite che hanno luogo ulteriormente (1). È ben chiaro ed evidente ormai che quest'ultima soluzione è inconseguente ed inesatta; inconseguente, in quanto che la Corte, prendendo per base della sua decisione l'idea che il privilegio è estinto mercè lo spossessamento del debitore, non doveva distinguere come ha fatto tra il prezzo di una prima rivendita e quello delle rivendite ulteriori; poichè la prima rivendita è appunto quella che spoglia il debitore ed opera uno spossessamento al quale le ulteriori rivendite nulla potrebbero aggiungere: inesatta, perchè la Corte confonde qui il

(1) Ved. Documenti sulla riforma ipotecaria. t. III, p. 63.

(2) Parigi 25 magg. 1838; — conf. Cass. 24 giug. 1839; Trib. della Senna 30 lug. 1825; Trib. di Cosne, 27 apr. 1847. — Mollot, (Borse di Comm. n. 370) e Mourlon (n. 121).

(1) Ved. 28 genn.; 25 febb. e 24 magg. 1854; Conf. Orleans, 3 lug. 1847.

dritto *de suite* chè è fuori causa, col dritto di preferenza che è solo in quistione. Che l'ultimo acquirente non possa essere spossessato, ripetiamolo, ciò è incontrastabile, chè i mobili non possono esser soggetti nè a ipoteca, nè a privilegio. Ma rimane il prezzo che quest'ultimo acquirente deve pagare; e per conseguenza rimane la cosa stessa che serve di alimento al dritto di preferenza. Or questo dritto appartiene incontestabilmente al venditore primitivo; spetta a lui ad esercitarlo. Chi dunque avrebbe prelazione su di lui? Il venditore intermedio? No, perchè il dritto di lui primo venditore è anteriore ed opponibile a ciascuno degli acquirenti susseguenti, in conformità del testo formale dell'articolo 2103, n. 1, la cui disposizione, tuttochè scritta in vista delle vendite d'immobili, debbesi qui applicare, essendo perfetta l'analogia. Sarebbero forse i creditori degli acquirenti? Neppure, chè il prezzo è la rappresentazione della cosa che il venditore primitivo ha posta nel patrimonio del debitore, e di cui per conseguenza niuno può equamente arricchirsi in di lui pregiudizio.

Veniamo ora alle condizioni alle quali è subordinato il privilegio del venditore.

151. A tal riguardo il nostro articolo dice nettamente quel che si induceva soltanto dalla disposizione delle nostre antiche costumanze: « Se la cosa, è detto nell'art. 177 della Consuetudine di Parigi, trovasi *sequestrata sul debitore* da un altro creditore, il venditore può impedir la vendita ed è preferito sulla sua cosa agli altri creditori. » *Sequestrata sul debitore!* La consuetudine supponeva dunque, come per altro esprimevano i comentatori, che la cosa venduta doveva essere in possesso del compratore, e non già nelle mani di un terzo acquirente perchè il venditore potesse esercitarvi il suo privilegio (1) ». Ciò è ora formulato dal nostro articolo che dichiara privilegiato « il prezzo di effetti mobiliari non pagati, se *sono ancora in potere del debitore* ». Dopo le spiegazioni che precedono conosciamo in qual modo debba intendersi siffatta regola. Essa è la salvaguardia dei terzi acquirenti, rispetto ai quali conferma il principio che *in fatto di mobili il possesso vale titolo* (art. 2279, Cod. Napoleone), ma non altera in modo alcuno i dritti del venditore rispetto agli altri creditori dell'acquirente, ed in ispecie non risguarda il dritto di preferenza cui lascia sussistere, finchè siavi ancora un prezzo a pagare, sul quale può esercitarsi siffatto dritto. Quest'ultimo punto ha formato l'obbietto delle osservazioni che precedono; non dobbiam qui rivenirvi sopra, soffermiamoci dunque al primo.

Il terzo acquirente al quale è consegnata la cosa, la riceve libera, ed in quanto a lui, il privilegio del venditore primitivo è definitivamente estinto, almeno in tesi generale. Ma è uopo che la cosa gli sia stata consegnata; non basterebbe che l'avesse comprata, che qui si tratta di mobili, e la immessione nel possesso reale consacra il dritto dell'acquirente e lo rende definitivo. Fin'allora non v'è il possesso che l'art. 2279 dichiara equivalente al titolo, ed il suo dritto, quale che sia, non prevale sui dritti acquistati dai terzi; donde conchiudiamo con tutti gli autori che la rivendita non ferisce il privilegio del venditore, finchè non è seguita dalla consegna (2), ovvero se si è consumata con la consegna, allorchè è annullata o risoluta (3).

In oltre quand'anco la consegna fosse fatta, non ne seguirebbe che, in tutti i casi, il privilegio del venditore primitivo sarebbe estinto rispetto al terzo acquirente stesso. La estinzione del privilegio per effetto della consegna, abbiamo detto poc'anzi, ha luogo in *tesi generale*: ciò comporta dunque due eccezioni; gli è evidente, chè la regola che ne occupa è una conferma o un'applicazione del principio secondo il quale in fatto di mobili il possesso vale titolo, e null'altro. Or questo principio, riceve una eccezione nel caso di perdita o di furto (art. 2279). Il venditore primitivo adunque potrà reclamare il suo privilegio anche rispetto al terzo acquirente, se costui tiene la cosa non già dal primitivo acquirente, ma da un altro che l'avesse trovata o rubata. A più forte ragione potrà eccepirlo, qualora il terzo acquirente, tutto che investito dallo stesso compratore primitivo, abbia acquistato in mala fede. Chè l'art. 1141, il quale è pure un'applicazione della massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo, dice espressamente che, nel conflitto di due persone alle quali fosse stata successivamente promessa la consegna di un oggetto puramente mobiliare, è preferita e rimane proprietaria quella che per la prima è stata posta in possesso reale, quando anco il suo titolo fosse di data posteriore, *purchè nonpertanto il possesso sia di buona fede* (4).

Queste diverse soluzioni sono generalmente

(1) Ferrière, sull'art. 175 della Consuet. n. 4.

(2) Ved. Grenier, (t. II, n. 316), Delvincourt, t. III, p. 275, note, Persil (art. 2102, § 4, n. 2). Dalloz, loc. cit., Zachariae t. III, p. 115, nota 2, Troplong, n. 184, Valette, n. 85, Mourlon, n. 115. — Il Marcadè à insegnato nonpertanto che il trasferimento della proprietà pel solo effetto della convenzione e senza alcun bisogno di tradizione si applica, anche rispetto ai terzi, ai mobili del pari che agl'immobili (Ved. il Coment. dell'art. 1141). — Ved. pure Taulier, t. VII, p. 151.

(3) Rouen, 7 ag. 184', — Ved. pure Montpellier, 26 giug. 1848; Rig. 14 giug. 1810.

(4) Rig. 26 lug. 1852.

ammesse, ed in fatto non presentano seria difficoltà.

Ma evvi talune altre situazioni che più si prestano alla controversia. Così il compratore o il debitore può essere spogliato della cosa senza nonpertanto averla venduta, p. es., può averla prestata, averla confidata ad un mandatario o ad un depositario, averla data in pegno; ovvero la cosa può aver subito nelle sue mani trasformazioni tali che sia appena riconoscibile: il privilegio del venditore sussisterebbe ancora in tal caso?

152. Sul primo punto gli è aperto che, se il detentore attuale è detentore precario, come sarebbe il procuratore o il mandatario, il mutuatario, il depositario, il possesso non cessa di risedere sul capo di colui che ha dato il mandato, che ha fatto il prestito o il deposito; di tal che il venditore è nelle condizioni della legge istitutiva del suo privilegio, poichè in dritto la cosa trovasi ancora nel possesso del suo debitore. Debbe forse essere altrimenti nel caso in cui il debitore ha dato in pegno la cosa di cui deve tuttora il prezzo? Il Troplong fondandosi sull'autorità del Ferrière e del Brodeau si pronunzia per l'affermativa, perchè, a suo dire, colui che detiene il pegno, a differenza del procuratore possiede per sè stesso, ed in tutto ciò che non è relativo alla prescrizione possiede realmente ed utilmente. Il Troplong ne conchiude che il debitore il quale si è spogliato della cosa dandola in pegno, più non conserva un tale cosa un possesso sufficiente, di tal che il venditore al quale il suo prezzo era ancor dovuto, più non ha che un credito ordinario (1). Noi siamo su tal punto di diverso avviso. Notiamo in pria che nè il Ferrière, nè il Brodeau, di cui l'eminente magistrato invoca la testimonianza, non prestano il loro appoggio alla sua dottrina. La quistione che questi autori si propongono è relativa soltanto al conflitto che può elevarsi tra il venditore di effetti mobiliari non pagati ed il creditore al quale questi stessi effetti sono stati dati in pegno. Così, il Ferrière propone la quistione in questi termini: « Se il venditore *è preferito* al creditore del compratore a cui la cosa venduta si è data in pegno? ». E se contrariamente alla opinione del Bacquet (2), la risolve in favore del creditore detentore del pegno, non è in modo assoluto, chè egli fa distinzione tra la vendita a termine e quella senza giorno nè termine, e non accorda la preferenza al creditore detentore del pegno che nel primo caso perchè a suo dire nel secondo, quello di una vendita senza giorno nè termine, la proprietà risiede sempre nella persona del venditore, di tal che il pegno non è stato validamente costituito a pro del creditore (3). In quanto al Brodeau egli esamina la quistione sotto lo stesso punto di vista, il che si dimostra con lo stesso arresto che riferisce, il quale in data del 10 marzo 1587 giudicava che un tal Florant Dargouges, tappezziere che aveva venduto a credito ed a termine un parato di tappezzeria al signor du Luc, che l'aveva incontanente dato in pegno al nominato Lussay per trecento scudi, non è ricevibile *a domandar la preferenza*, nè a rivendicar la tappezzeria, se non pagando al creditore investito del pegno siffatta somma (4). E su questo punto è uopo riconoscere con gli antichi autori, che il creditore detentore del pegno debb'esser preferito al venditore non pagato, salva nonpertanto la riserva che già vi si apponeva sotto l'antica giurisprudenza, cioè, come dice il Ferrière « che il pegno siasi fatto senza frode ». Ma ammesso ciò, rimane la quistione di sapere, se il privilegio del venditore è estinto sol perchè il debitore ha posto in pegno la cosa da lui acquistata, estinto in modo che, soddisfatto il creditore detentore del pegno, il venditore non possa escludere gli altri creditori del compratore ed esercitare il suo dritto di preferenza su quanto potrebbe rimanere del prezzo prodotto dalla cosa che avesse venduta. Or questa è tutt'altra quistione, e la soluzione datane dal Troplong non ha per sè nè l'autorità degli antichi autori, nè specialmente quella dei principii. È ben evidente infatti che dare una cosa in pegno, non è abdicare il possesso di siffatta cosa: siccome riconosce lo stesso Troplong, il debitore che ha dato la cosa in pegno non continua meno a possederla sotto il punto di vista della prescrizione della proprietà; continua parimente a possederla sotto il punto di vista dei frutti che sarebbe capace di produrre; ha dunque gli attributi utili del possesso; al contrario il creditore detentore del pegno non detiene la cosa che per la conservazione del suo dritto di pegno (art. 2079); è dunque detentore precario allo stesso titolo di un mandatario, di un locatario, di un mutuatario. Ciò basta, perchè si debba dire che il possesso è realmente nelle mani del debitore nel senso del nostro articolo: ciò basta in conseguenza perchè debbasi tenere per attuata e compiuta la condizione di possesso, cui è subordinato il privilegio del venditore (5).

(1) Ved. Troplong, t. II, n. 185. — Ved. pure Taulier, t. VII, p. 152 e 153.
(2) Ved. Bacquet, Tr. del dr. di giuris. cap. 21, n. 284.
(3) Ferrière (Comp. del Comm. della Cons., sul l'art. 177. n. 6.)
(4) Ved. Brodeau, sull' art. 181 della Cons., n. 7.
(5) Ved. Zachariae, t. II, p. 113, nota 2; Valette, n. 85; Mourlon, n. 118.

153. Sul secondo punto il nostro articolo non dice del privilegio, come dice del dritto di revindica di cui or ora parleremo, che esso à luogo allora quando le cose vendute si ritrovano *nello stesso stato* in possesso del debitore. Le trasformazioni adunque più o meno importanti che la cosa può aver subito non faranno ostacolo, in tesi generale, a che il venditore eserciti il suo dritto di preferenza sino a concorrenza del prezzo che fosse stato convenuto col compratore o di cui costui non avesse effettuato il pagamento. Non pertanto se le trasformazioni fossero tali da non esser possibile di riconoscere la cosa venduta, da constatarne la identità, sarebbe ben mestieri ammettere che il privilegio è estinto per l'impossibilità stessa in cui si sarebbe di rinvenir l'oggetto sul quale doveva esercitarsi. Ma solo a fronte di siffatta impossibilità noi faremmo tacere il dritto del venditore.

Epperò da una banda non ammettiamo la dottrina del Duranton che, regolando la quistione del privilegio con le distinzioni stabilite agli art. 570 e 571, del Codice Napoleone, insegna che il privilegio sussiste, tutto che la cosa abbia mutato forma e nome, in tutti i casi in cui il padrone della materia la vinca sull'operajo che le avesse fatto subire mutamenti,ed in conseguenza che esso si estingue nella ipotesi inversa (1). Evidentemente la posizione è ben diversa tra il caso regolato da questi articoli e quello di cui qui ci occupiamo, chè negli art. 570 e 571 trattasi di una quistione di proprietà, mentre che qui trattasi di una quistione di decadenza, ed è tanto men possibile di pronunziarsi su quest'ultima col principii che governano l'altra, in quanto che in diffinitiva questi principii non potrebbero applicarvisi che parzialmente, e privi di quella regola di equità che precisamente li spiega e li giustifica. E di fermo si noti che, mantenuti nella loro sfera gli articoli 570 e 571 sono perfettamente equi: di due dritti che trovansi a fronte, essi sacrificano l'uno all'altro; ciò è vero; ma al tempo stesso consacrano il principio dell'indennità in favor di quello che è assorbito. Così, se la materia prevale, il proprietario rimborserà all'operaio la manodopera; e se al contrario il lavoro trionfa, l'operaio pagherà al proprietario il prezzo della materia. Or fate uscir questi articoli dalla loro sfera, prendetene le distinzioni per applicarle alla nostra quistione di privilegio, evvi necessariamente qualche cosa da cancellarvi, ed è appunto la disposizione equa; chè il creditore che voi andrete a dichiarar *decaduto* in tutti i casi in cui il lavoro trionferà sulla materia perderà il suo dritto senza compenso alcuno; e dopo aver posto nel patrimonio del suo debitore un valore che ancor vi si trova, lo vedrà passare ad altri creditori! Si è questa una cosa contraria all'equità, cui la legge non ha potuto voler consacrare.

Da altra banda non ammettiamo neppur la teoria del Cujacio, adottata dal Troplong (2), secondo la quale sarebbe mestieri distinguere tra i mutamenti che ingenerano una novella specie ed estinguono quella su cui esisteva il privilegio, ed i mutamenti che non fan che aumentare o diminuir la cosa; indi fare una suddistinzione, nei cangiamenti della prima categoria, tra quelli che sono deffinitivi, non potendo la materia ritornare alla sua specie primitiva, come una statua la quale si fosse ricavata da un masso di marmo, caso in cui il privilegio sarebbe deffinitivamente estinto; e quelli che non sono deffinitivi, nel senso che la materia può riprendere il suo pristino stato, come le posate di argento prodotte da una verga, caso in cui il privilegio sussisterebbe, passando dalla verga di argento alle posate. Queste distinzioni, la cui sottigliezza si traduce in bizzarre e discordi applicazioni (3) aggiungono in tutti i casi al nostro articolo, la cui disposizione, del tutto muta sulle modifiche che può subir la cosa gravata dal privilegio, dà a sufficienza ad intendere che siffatte modifiche, per gravi che sieno, non colpiscono il dritto del creditore, finchè il valore posto da costui nel patrimonio del suo debitore vi si trovi ancora,e sia riconoscibile.

E ciò è profondamente equo. Alla fin delle fini, ben è mestieri che il dritto del venditore non pagato si estingua, allorchè la cosa da lui venduta è talmente trasformata da non essere riconoscibile, da non potersi dire se è tuttora nel patrimonio del debitore da sè stessa o mercè un valore che la rappresenta; evvi qui una impossibilità di fatto ed anche di dritto (non essendovi certezza che la cosa sia in possesso del debitore) innanzi alla quale il privilegio del venditore deve cedere. Ma in tutt'altra occorrenza, se la cosa è là, riconoscibile, tutto che trasformata, aggiungendo all'attivo del debitore un valore che senza di essa non vi sarebbe, implicherebbe che tale valore, invece di ritornare a colui che lo à creato, andasse ad arricchire altri creditori men degni di favore. Siffatta dot-

(1) Duranton, t. XIX, n. 424. — Ved. pure sulla quistione, Grenier, t. II, n. 316 e Dalloz, loc. cit. n. 9.
(2) Ved. Troplong, n. 109 e seg.

(3) Ved. la ingegnosa critica fattane dal Mourlon nella Rivista critica di legislazione e e giurisprudenza t. V, p. 79 e seg.

trina ammessa da taluni autori (1), trova altresì il suo appoggio nella giurisprudenza. La Corte di Nimes segnatamente e quella di Rouen, sembra che se ne sieno penetrate decidendo: l'una, che il privilegio del venditore può esercitarsi sugli oggetti venduti e non pagati, tutto che sieno stati snaturati, *allorchè è costante l'identità della cosa venduta;* e l'altra che il privilegio può reclamarsi dal venditore di un brevetto di stampatore con fondo e clientela, salvo a limitarne l'esercizio agli oggetti mobiliari, *di cui fosse constatata la identità con quelli precedentemente venduti* (2).

154. Ma se gli effetti mobiliari sieno stati immobilizzati dal compratore, che ancor no deve il prezzo, sussisterà forse il privilegio del venditore? Vi sono a distinguere due ipotesi: una in cui gli effetti mobiliari divengono immobili per loro natura; l'altra in cui sono immobilizzati per destinazione. Nella prima ipotesi, il privilegio è incontestabilmente estinto; ciò mi sembra non ammettera difficoltà. Gli effetti mobiliari allora sono usciti dalla classe dei mobili per confondersi con l'immobile al quale aderiscono e di cui assumono la natura; il creditore che li aveva venduti non può dunque avervi il suo dritto di preferenza, poichè più non esistono anche a suo riguardo nello stato di mobili. La Corte di Brusselles ha deciso in questo senso che il privilegio del venditore di oggetti mobiliari, *immobilizzati per una incorporazione ad un immobile*, è estinto rispetto ai creditori ipotecarii iscritti su questo immobile (3); in questo senso ancora secondo la Corte di Parigi, taluni operai che han venduto e messo in opera del legname impiegato da essi a costruzioni fatte per conto di un locatario sul terreno da costui locato, non possono esercitare il privilegio accordato al venditore (4).

Nella seconda ipotesi, allorchè si tratta non già di oggetti annessi ed inerenti ad una proprietà immobiliare, ma semplicemente immobilizzati per destinazione, vi sono ben serie difficoltà. Secondo taluni autori (5) il privilegio del venditore sussiste in questo caso, e noi l'ammettiamo senza difficoltà, quando il venditore trovasi a fronte di creditori chirografarii; il venditore allora deve potere esigere che gli oggetti a lui venduti sieno distaccati dall'immobile, affinchè vi eserciti il suo dritto privilegiato; ciò è giusto e conforme alle regole (6). Ma se il venditore si trovi a fronte di creditori ai quali fosse stato affetto ipotecariamente l'immobile accresciuto dalla immobilizzazione, deve essere altrimenti. Il privilegio del venditore non deve trionfare su di una ipoteca che per sua natura si estende alle migliorie ed aumenti fatti all'immobile e li affetta con l'immobile stesso, Cod. Nap. art. 2118 e 2133. Il Marcadè ne ha assegnato i motivi, nel trattar di un'altra quistione, la quale si conforme con questa e si risolve con gli stessi principii, quella di sapere se il venditore di effetti mobiliari conserva il dritto di risoluzione, allorchè gli oggetti venduti sono divenuti immobili per destinazione. Non sapremmo far meglio che rapportarcene alle osservazioni del nostro eminente predecessore (*ved.* Comentario degli articoli 1654 e segg. n. 2); aggiungiamo soltanto che la giurisprudenza tende vieppiù a confermar la sua dottrina (7).

Forse in un'epoca in cui la industria prende continuamente novelli sviluppi, sarebbe utile, per secondarne la tendenza, che fosse ammessa una eccezione in favore del fabbricante di macchine le quali, comprate a fido, sono incorporate ad edifizii. Il legislatore belga ha ciò compreso a meraviglia, allorchè nel consacrare la giurisprudenza che priva di qualunque effetto il privilegio del venditore di oggetti mobiliari, nel caso in cui questi oggetti son divenuti immobili per incorporazione o per destinazione, ha voluto che fosse altrimenti per le macchine ed attrezzi impiegati negli stabilimenti industriali ed ha dichiarato che per questi oggetti il privilegio sarebbe mantenuto per due anni a contare dalla consegna (8). Ma nel nostro Codice non abbiamo alcun testo sul quale possa fondarsi simile distinzione, presso noi dunque debb'essere lo stesso della immobilizzazione delle macchine, come di quella di tutti gli altri oggetti mobiliari, relativamente ai suoi effetti sul privilegio del venditore.

XI. — **155.** *Della revindica.* Indipendentemente dal privilegio di cui abbiam testè parlato, il nostro articolo accorda al creditore di effetti mobiliari non pagati un dritto di revindica, ma, come abbiam già detto, evvi qui a notare anzi tutto, che il privilegio è acquistato al venditore, vuoi che abbia venduto a ter-

(1) Ved. Valette, n. 83 e Mourlon. loc. cit.
(2) Ved. Nancy, 28 dic. 1829; Rouen 7 ag. 1841.
(3) Brusselles, 15 febb. 1848; ved. pure Rig. 9 giugno 1847; Amiens. 6 febb. 1829; Liegi, 15 dic. 1851; Rig. 18 marzo 1840.
(4) Parigi, 30 dic. 1825.
(5) Ved. Troplong (n. 113), Mourlon, (*loc. cit.*).
(6) Ved. Rouen, 22 magg. 1817; Brusselles, 19 maggio 1833, Gand. 24 maggio 1833, Caen, 4 agosto 1817, Rig. 21 magg. 1812.
(7) Ved. 22 genn. 1833. Rouen, 19 lug. 1828. Brusselles, 16 ag. 1852, Grenoble, 18 genn. 1833, Parigi, 6 aprile 1833, 24 nov. 1815 e 21 luglio 1816. — Ved. pure Zachariae (loc. cit. not. 3) e Valette, n. 85 — Ved. non pertanto. Digione, 13 ag. 1812; Brusselles, Corte di cassazione 11 febb. 1848.
(8) Ved. il *Comment. legislativo della legge belga*. del 16 dic. 1851, pubblicato dal Delebecque p. 102-110 e segg.

mine, o pur no, mentre che il dritto di revindira non è consarrato in suo favore che in quest'ultimo caso di vendita *senza termine*. In ciò la legge è stata l'obbietto di critiche, la cui aggiustatezza sarà constatata da chiunque si penetrerà bene della natura di questo dritto di revindica consacrato dal nostro articolo e del suo effetto giuridico. Il Duranton in ispecie, dopo aver rammentato che la distinzione tra il caso della vendita a termine e quello della vendita senza termine è un vestigio dell'antico dritto, secondo il quale la consegna non rendeva proprietario il compratore che nel primo caso; dopo aver indicato che la distinzione è stata cancellata nel nostro attuale dritto dall'art. 1583, Cod. Napoleone, il Duranton ci dice: «Accordando la revindica al venditore, allorchè ha venduto senza termine, si sono, gli è vero, conformati al dritto romano, ma non si sono mica conformati alla disposizione dell'articolo 1583, il quale riconosce proprietario il compratore; chè non si accorda la revindica contro colui che è proprietario, e la non si accorda a quello che ha cessato di esserlo. In oltre la circostanza che si è ercordato un termine al compratore non doveva, giusta i principii del Codice, bastare per istabilire in quanto alla revindica una differenza col caso contrario: nel primo altresì il venditore doveva poter revindicare se non fosse pagato al termine fissato; chè giusta l'articolo 1184, la condizione risolutiva è sempre sottintesa pel caso in cui una delle parti non adempisse alla sua obbligazione (1)». Nello stesso ordine di idee, la facoltà di dritto di Caen, nello sue osservazioni sulla riforma ipoteraria progettata nel 1840, criticando la restrizione arrecata dal nostro articolo al dritto di revindica, domandava che si venisse in aiuto del venditore a termine, accordandogli altresì quel dritto che la legge attribuisce limitatamente al venditore a contante (2).

Tutto ciò sarebbe giusto senza dubbio e la legge presenterebbe in fatti il manco di armonia che le si rimprovera, se la revindica consarrata dal nostro articolo non fosse stata, nel pensiero del legislatore, come han supposto il Duranton e la Facoltà di dritto di Caen, che il dritto di risoluzione posto in opera ed esercitato contro i creditori del compratore? Ma come ammettere che tali sieno state le idee della legge? Ed a chi si farà credere che, in un testo il cui obbietto è di assicurare l'esecuzione delle obbligazioni e dei contratti, il legislatore avesse organizzato un mezzo di risolverle? che allorquando si propone di proteggere i creditori il cui titolo ha una causa di preferenza, avesse proceduto, rispetto al venditore, in modo di fargli perdere, a fronte degli altri creditori del compratore il benefizio del dritto comune (articolo 1654), secondo il quale il venditore può, in caso di non pagamento del prezzo, agire in risoluzione in modo assoluto, senza altri limiti di tempo che quelli della più lunga prescrizione e senza distinzione alcuna tra il caso di vendita a termine e quello di vendita contante? Queste contraddizioni non potrebbero essere nella legge, e la giurisprudenza non vi si è ingannata, avendo essa deciso che il venditore di oggetti mobiliari, anche in conflitto coi creditori del compratore, può agire in risoluzione per manco di pagamento di prezzo, tutto che non possa esercitare la revindica organizzata dal nostro articolo (3). Epperò questa revindica è tutt'altro che la risoluzione. Che cosa è dunque? la sua origine ce lo dirà.

Il nostro articolo rannodandosi al dritto romano nella parte che ne occupa (Inst. di Giust., *de rer. div.* § 41 e l. 12, *C. de rei vendic.*) procede altresì, come abbiamo già detto, dal nostro antico dritto francese e direttamente dalla Consuetudine di Parigi. Or ecco come si esprime l'art. 176, il quale del resto è la riproduzione presso che letterale dell'art. 194 della Consuetudine pria della riforma del 1580: «Chi vende taluna cosa mobiliare senza termine nè scodenza, sperando essere pagato prontamente, può seguir la sua cosa in qualunque luogo sia trasferita *per essere pagato del prezzo pel quale l'ha venduta*». Per essere pagato del prezzo! Non già dunque per annullar la vendita, il venditore non pagato va a ripetere la sua cosa; si è al contrario in vista della esecuzione della vendita, del suo natural complemento, che è il pagamento del prezzo. Ed in fatti tutti i comentatori della consuetudine, tanto prima quanto dopo la riforma, riconobbero che l'azione del venditore avrà per oggetto, non già di cancellare e distruggere la convenzione conchiusa tra lui e l'acquirente, come farebbe la risoluzione, ma sol di rimettere in suo potere la cosa che egli non aveva abbandonato se non nella speranza di esserne prontamente pagato. Il Dumoulin postillando l'articolo 194 dell'anti-

(1) Duranton, t. XIX, n. 120.

(2) Ved. i documenti pubblicati nel 1844, t. III, pag. 67.

(3) Ved. Parigi, 18 ag. 1829, 2 luglio 1851, 10 luglio 1853, 11 nov. 1857; Rouen 29 nov. 1837, Lione 29 marzo 1859. Quest'ultimo arresto in taluni suoi motivi sembra non pertanto assimilar la revindica alla risoluzione. — Ved. pure Rig. 9 dic. 1835, arresto il quale, mentre rigetta l'azione in risoluzione in un caso in cui la revindica poteva esercitare, si ricusa a consacrare la dottrina predotta per organo del ministero pubblico, secondo la quale la risoluzione non sarebbe ammessibile, quando vi fosse decadenza per rapporto alla revindica.

ca consuetudine di Parigi nelle sue *Notae solemnes ad Consuetudines gallicas*, lo dice energicamente, allorquando rapportandosi a queste parole del testo: « Potrà seguir la sua cosa... *per esserne pagato del prezzo*, » soggiunge« e per ricuperarsi« *RIMANERNE INVESTITO finchè sia pagato*». Dopo del Dumoulin tutti gli autori ne riproducono letteralmente la dottrina accettandone la portata » (1).

Ed or cho cosa fa il nostro articolo quando ci dice che, se la vendita si è fatta senza termine, il venditore può rivendicare gli effetti mobiliari da lui venduti ed *impedirne la rivendita?* Evidentemente egli riproduce altresì la dottrina del Dumoulin, dicendo che, senza toccar la vendita, la quale sussisterà come contratto consumato, il venditore va e riprendere il possesso *per impedir la rivendita*, vale a dire per ricuperare i suoi dritti sulla cosa da lui venduta ed imprudentemente consegnata, o meglio per proteggere questi dritti contro le ferite che potrebbero ricever dagli atti del compratore, se la cosa rimanesse in poter di quest'ultimo. Il compratore potrà infatti rivendere la cosa e riceverne il prezzo della rivendita; con ciò perirebbe il privilegio del venditore primitivo e la sua aziono in risoluzione. La legge viene in aiuto di questo venditore e gli dice: « Rimettetevi in possesso. Così l'acquirente della vostra cosa non potrà rivenderla e con ciò il vostro privilegio e la vostra aziono in risoluzione rimarranno intatte o preservate ». Quel che adunque il venditore revindica, non è già la proprietà, avendo egli venduto, e quindi cessato di essere proprietario, e non è più nelle condizioni volute per revindicar la proprietà; si è il possesso; ciò ch'el vuole, non è già di sopprimere la vendita o annullarla, chè la vendita è stata e rimane perfetta pel solo effetto del consenso: si è di riprendere la posizione che aveva al momento in cui fu contestata la vendita, vale a diro il dritto accordato dalla legge e colui che vende senza termine nè giorno, di tener la cosa venduta sino al pagamento del prezzo (art. 1612, Codice Napoleone).

Tale è nel suo obbietto la revindica accordate al venditore di effetti mobiliari non pagati. A fronte di questa teoria, cui il Dumoulin aveva dedotto dai testi sotto l'antica legislazione e cho il professore Vuatrin ha pel primo applicata sotto l'attuale legislazione (2), si comprende che i rimproveri di cui la legge è stata l'obbietto sono senza alcun fondamento; lungi dal vedere un manco di armonia, si riconosce che tutto vi si coordina a meraviglia, e che queste stesse riserve in quanto concerno la revindica di cui qui ci occupiamo, sono quanto havvi di più giusto e di più logico. La legge vuole cho questa revindica non possa aver luogo che nel caso di vendita senza giorno nè termino. Poteva mai voler altrimenti? Come in fatti ed a qual titolo, il venditore a termine potrebbe forse pretendere alla revindica? Che cosa revindicherebbe? La proprietà? No, chè in questo caso come in quello di vendita senza giorno nè termine, il venditore ha cessato di essere proprietario per effetto della vendita, e più non è nel caso di revindicar la proprietà. Il possesso o il dritto di risoluzione? Neppure, che qui a differenza del caso di vendita a contante, il venditore è stato tenuto alla consegna immediatamente, sol perchè accordava termine al compratore o ne segniva la fede. E se non ha giammai avuto dritto di ritenzione, come avrebbe potuto essere ammesso a revindicar questo dritto? Come dunque ben si scorge, il nostro articolo parla con esattezza, dispone sotto le ispirazioni della ragione e nel retto intendimento dei principii, allorchè restringe al caso di vendita fatta senza termine il dritto di revindica ch'esso organizza; ed evidentemente, per non avervi riflettuto abbastanza, le si rimprovera di non aver generalizzato questo dritto, e di non averne fatto in tutto il corollario del privilegio il quale si produce in tutte lo situazioni.

Or che ci siamo fissati e sulla natura del dritto e sui casi in cui può esercitarsi, vediamo le condizioni alle quali ne è subordinato l'esercizio.

156. Giusta il nostro articolo questo condizioni sono tre, è uopo: 1° che la cosa sia in possesso del compratore; 2° che la revindica sia fatta negli otto giorni dalla revindica; 3° che gli effetti si trovino nello stesso stato in cui si è fatta la consegna.

157. La prima condizione è la consegnenza necessaria del privilegio che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Gli è aperto che a fronte di questa regola fondamentale, fra quelle che regolano la proprietà mobiliare, non v'è più possibile revindica dal canto del venditore, dacchè il compratore si è spogliato della cosa e l'ha trasmessa ad un terzo cho l'ha ricevuta in buona fede. In ciò, il nostro articolo modifica i termini delle consuetudine

(1) Ved. in ispecie Forrière (art. 176 della consuetudine riformata n. 5). Brodeau (ibid, n. 3).

(2) Il Vuatrin candidato nel concorso aperto nel 1859 innanzi la facoltà di dritto di Parigi e poscia professore, ha dato in uno dei suoi saggi questa interpetrazione della legge, che il Valette ha poscia messa in tutta la sua chiarezza (n. 90) — Vedi pure Mourlon (n. 131).

che, come più sopra si è veduto, permetteva al venditore « di ripetere la sua cosa in qualunque luogo fosse trasportata ». Si è che la regola in fatto di mobili il possesso vale titolo, tutto che presentita nel dritto consuetudinario, non vi aveva la sua formola energica come nella nostra attuale legislazione. Dunque oggidì, se il possesso più non è nelle mani del compratore, il dritto di revindica svanisce. La Corte di Cassazione confermò ciò in due arresti (1) i quali decidono: uno che il venditore di oggetti mobiliari non pagati, quali i mobili non è ammesso ad esercitarne la revindica, allorchè nel momento della sua dommada questi oggetti più non sono nelle mani del compratore, ma sono stati incorporati, pel fatto di costui, ad una fonderia che costruiva per conto di un terzo, l'altra che la vendita di legname destinato ad essere tagliato costituisce una vendita mobiliare, di tal che il venditore non può dopo cominciata la esplotazione, e dopo essersi preso possesso dai sotto acquirenti ripetere contro costoro la revindica del legname venduto.

Del resto a qualunque titolo abbia fatto passare la cosa dalle mani del compratore in quello di un terzo acquirente; che la trasmissione siasi fatta a titolo oneroso o che risulti da un atto a titolo gratuito, il dritto di revindica non è meno estiuto; chè la regola in fatto di mobili il possesso vale titolo,è fermata in modo generale, e nulla autorizza a pensare che debba piegare anche nel caso in cui il possesso del terzo acquirente proceda da un titolo lucrativo. Soltanto è uopo in tutti i casi che l'acquirente abbia ricevuto il possesso in buona fede: a tal riguardo le osservazioni più sopra presentate ad occasione del privilegio ricevono tutta la loro applicazione al dritto di revindica (2).(Ved. n. 141 *in fine*).

158. Della seconda condizione nulla evvi a dire, tranne che avendo la revindica per oggetto di ripreudere la cosa che il venditore può ritenere sino al pagamento, era mestieri necessariamente non lasciar sussistere il dritto di esercitarla chè durante un termine molto breve, perchè non potesse reputarsi avere il debitore abdicato il suo dritto di ritenzione. Il nostro articolo suppone che dopo otto giorni questo dritto si reputi abdicato, ecco perchè circoscrive l'azione in revindica a questo termine di otto giorni.

159. La terza condizione si spiega anche da sè; gli è aperto che quando la cosa venduta più non esiste nella sua individualità, più non è possibile la revindica. La cosa, tutto che trasformata, è sempre come valore nel patrimonio del compratore, ecco perchè abbiamo ammesso in massima che il credito del venditore rimane privilegiato (ved. supra n. 153), ma non già sul valore può esercitarsi la revindica, sibbene sulla cosa stessa: ecco perchè il nostro art. logicamente dispone, allorchè esige per la revindica,(il che non fa pel privilegio) la esistenza della cosa nello stesso stato in cui era al tempo della consegna. E non pertanto non dovrebbesi ciò prendere alla lettera; p. es. non dovrebbesi credere che lo sballamento della cosa venduta formi ostacolo alla revindica. Sotto l'antica legge dei fallimenti, nelle vendite commerciali, la revindica non era autorizzata, giusta l'art. 480 che sulle mercanzie le quali erano identicamente le stesse, ed allorquando era riconosciuto che le balle, fasce, o involti, in cui trovavansi al tempo della vendita non erano state aperte, che le corde o marche non eransi tolte nè mutate, o che le mercanzie non avevano sofferto, nè in natura, nè in qualità, cangiamento o alterazione. Ma questa severità, che aveva le sue ragioni nel caso di fallimento, in cui potevasi facilmente supporre frode, sarebbe qui fuori proposito. La condizione imposta dal nostro articolo debbesi intendere nel senso che il dritto di revindica si arresterà, qualora la cosa venduta dal revindicante più non esiste come individualità nel possesso del debitore. È uopo qui applicare quel che dicevasi del privilegio nell'antica giurisprudenza : « Tosto che la cosa è stata convertita in altra forma, tutto che trovisi in potere del compratore, cessa il privilegio, perchè si può dire che, *mutata forma*, più non è la cosa che era pria, come se il grano venduto si fosse convertito in farina, il legname in lavori, la lana in panno, e così delle altre materie che hanno assunto altre forme (3) ». Ma se la cosa esiste in natura, se è nelle mani del debitore, se vi è riconoscibile, se la identità può essere constatata, non vi sarebbe alcun ragionevole motivo di privare il venditore del suo diritto di revindica, ancorchè la cosa non si ritrovasse materialmente nello stesso stato in cui erasi consegnata (4).

160. Termineremo le nostre osservazioni sul dritto di rovindica con due particolari note : l'una che questa facoltà di revindicare essendo

(1) Rig. 22 nov. e 12 dic. 1842.

(2) A questa prima condizione rannodasi una quistione, quella di sapere, se il dritto di revindica accordato al venditore debbe prevalere contro il privilegio accordato al locatore di un immobile nel caso in cui questi non abbia avuto conoscenza del credito del venditore Esamineremo tale quistione all'art. 2006, trattando della classifica dei privilegi (Ved. n. 181).

(3) Ferrière (compilazione del comm. della Cons. di Parigi; art. 176 n 19.)

(4) Ved. Delvincourt (t. III, p. 275), Grenier (t. II, n. 316); Persil (loc. cit., n. 11), Dalloz (loc. cit., n. 14); Valette (loc. cit. n. 90, n 122, 123), Mourlon (n. 136). Ved. Pure Tarrible (Rep. del Merlin, v. privilegio p. 27), Troplong, (n. 196).

essenzialmente indipendente dal privilegio, il venditore che avesse trascurato di esercitarlo, non sarebbe perciò decaduto dal suo privilegio (1); l'altra, che in qualunque stato di causa il venditore dovrebbe arrestarsi nell'esercizio della sua azione revindicatoria, se, vuoi l'acquirente, vuoi anche un creditore dell'acquirente, pagasse al revindicante la cosa da lui venduta (2). Ciò sarà di piena evidenza per chiunque riterrà questo dritto di revindica per quello che é realmente. Il dubbio ha potuto elevarsi nell'animo di coloro che non han veduto in tale dritto se non un corollario dell'azione risolutoria per manco di pagamento del prezzo; ma questo dubbio svanisce necessariamente, dacchè la revindica apparisce come un mezzo offerto al venditore di ricuperare il suo dritto di ritenzione ad effetto di giungere alla esecuzione del contratto. Or la esecuzione del contratto essendo appunto per lui il pagamento del prezzo, gli è aperto che la sua azione divieno senza obbietto, dacchè è pagato vuoi dall'acquirente, vuoi da un creditore di costui.

161. Il nostro articolo dopo aver regolato il duplice dritto che accorda, secondo i casi, al venditore di effetti mobiliari non pagati, aggiunge che nulla è innovato alle leggi ed usi del commercio sulla revindica. É di fermo, la revindica delle mercanzie vendute al fallito è stata sottoposta dagli art. 576 e segg. del Codice di Commercio, a regole, le quali non é nostro scopo di qui comentare. Ricorderemo soltanto che con una novella disposizione, di cui avemmo già occasione parlare (ved. supra n. 148) la legge dei fallimenti, come fu votata nel 1838, ha voluto che il privilegio e il dritto di revindica stabiliti dal nostro articolo a pro del venditore di effetti mobiliari, non fossero ammessi nel caso di fallimento, Cod. di Comm. art.550. L'interesse del commercio, il credito di che ha d'uopo, la fiducia che ne è l'elemento più attivo, premuravano questa derogazione al dritto comune; fa mestieri che un creditore il quale ha veduto i magazzini del suo debitore del tutto guarniti, non possa, allorchè sappia il fallimento, essere privato, per effetto di un privilegio di cui ignorava l'esistenza e che potrebbe essere fittizio, di un pegno in considerazione del quale ha forse consentito a trattare. Ma appunto perchè la derogazione non è stabilita che in vista della sicurezza del commercio e per fortificare il credito di cui ha d'uopo, non potrebbesi spiegare che fosse estesa alle vendite, le quali non costituiscono per la loro natura atti di commercio del canto dell'acquirente; nelle quali per conseguenza, questi interessi non trovansi mica impegnati. Così, Paolo compra da Pietro un mobile per galleria o dei libri di cui guarnisce la sua biblioteca, poi cade in fallimento due giorni dopo e senza aver pagato il prezzo del suo acquisto; la circostanza che Paolo era commerciante non farà ostacolo a che Pietro eccepisca il nostro articolo e i dritti consacrati nel suo n. 4; questo mobile e questi libri che Paolo aveva comprati non erano destinati ad entrare nel giro dei suoi affari; la eccezione che l'articolo 550 Cod. di Comm. fa al dritto comune non ha applicazione in tal caso (3). Ma per l'opposto se la vendita costituisce un atto di commercio dal canto del compratore, p. es. se avesse avuto per oggetto delle mercanzie di cui questi va a guarnire il suo magazzino, attendendo che le venda a sua volta, la circostanza che il venditore fosse un semplice particolare non commerciante non farebbe sì che l'art. 550 Cod. di Comm. non debba ricevere la sua applicazione. È di fermo questo caso rientra perfettamente nei termini del detto articolo e la contraria soluzione emessa dal Troplong sul fondamento che « la qualità del compratore non può riflettere sul venditore e togliere a quest'ultimo il benefizio del dritto e comune (4), »debbesi respingere come contraria ai termini assoluti nei quali è concepita la precitata disposizione del Codice di Commercio.

XII. — 162. *Somministrazioni di un albergatore.* Il nostro articolo dichiara privilegiati i crediti per le forniture di un albergatore, ed affetta al privilegio gli effetti del viaggiatore che sono stati trasportati nell' albergo. Questa disposizione, di origine tutta francese, rimonta alla Consuetudine di Parigi, il cui art. 175, più esplicito del nostro testo, diceva: « Le spese di albergo fatte da osti a pellegrini, ai loro cavalli son privilegiate, e vengono in preferenza di tutt'altro sugli effetti e cavalli albergati, e può l' albergatore ritenerli sino al pagamento, e se altro creditore volesse torli via, ha egli dritto ad opporvisi ». La ragione ne è, come esprime il Ferrière « che si reputa aver l'albergatore avuto in pegno ed in possesso i mobili, suppellettili, mercanzie dei passaggieri, pellegrini e viaggiatori; ed il privilegio è tanto più forte in quanto che è fondato sulla causa degli alimenti, la quale è molto favorita, e sulla necessità dell'uffizio pubblico degli osti, i quali trovansi nelle grande vie e nelle città, essendo obbligati nel far questo negozio di ricevere o-

(1) Ved Delincourt (loc cit.) e Dalloz loc. cit.n. 16.
(2) Tarrible (loc cit.), Grenier (t. II, n. 313), Favard, (v. privilegio, ser. 1, 2, n. 12), Persil (loc. citato,, n. 17), Dalloz (loc. cit. n. 15).

(3) Ved. Parigi, 25 giug. 1831, e 3 dic.1832; Gand 21 mag 1833; Caen 1 ag. 1837 — Ved. pure Troplong. (n. 26 l), Mourlon, n. 149.
(4) Ved. Troplong, n 200 in fine.

gni specie di viandanti e viaggiatori, tutto che non li conoscano mica, e senza avere alcuna certezza del pagamento del debito e delle spese che costoro faranno » (1). Arrogi del resto che il privilegio è essenzialmente equo. Se l'albergatore risponsabile di tutto ciò che è recato nel suo albergo, o affidato alla sua custodia, è tenuto non solo del danno degli effetti del viaggiatore, ma ancora del furto che fosse stato commesso, vuoi dai domestici, vuoi da estranei; se è considerato come depositario necessario e aquesto titolo astratto a subir l'applicazione, o dell'art.1348,n.2 sulla pruova testimoniale,o anche secondo taluni autori, dello art.2060,n.1 sull'arresto personale,è ben il meno che per una giusta reciprocanza riceva dalla legge un dritto di preferenza, a causa delle sue somministrazioni su gli effetti che il viaggiatore arreca nella casa ed affida alla sua custodia(2).

163. Ma, come si vede, la idea di pegno, o la presunzione di una tacita costituzione di pegno è il fondamento del privilegio; per conseguenza debb'esserne respinta l'applicazione in tutti i casi in cui la presunzione non fosse ammessibile, quale che sia per altro la relazione che potessecsservi tra le somministrazioni fatte e quelle che la legge dichiara privilegiate. Tali sarebbero p. es. le forniture del bettolieri: sotto l'antica giurisprudenza i bettolieri e i tavernari erano privi di qualunque azione « per vini o altre cose da essi vendute a minuto nelle loro case»; (art. 128 della Cons. di Parigi). La ragione si è, dice il Ferrière (3) che se i tavernari e bettolieri avessero azione per farsi pagare delle spese fatte nelle loro case, ruinerebbero i giovani ed anche i padri di famiglia per la facilità che avrebbero di fare credito a coloro che sapessero avere come pagare, finchè fossero stati interamente ruinati. Epperò la causa di tale debito è odiosa. Le stesse considerazioni debbono oggidì far respingere qualunque idea di privilegio (4). Ma è uopo andare anche più oltre e dire, che lo stesso albergatore non avrebbe dritto ad alcun privilegio per le forniture che avesse fatte a persone domiciliate nella stessa città in cui tiene il suo albergo, supponendo che queste persone vi abbiano trasportato effetti. Se la legge à creduto dover venire in soccorso dell'albergatore si è a causa della necessità in cui trovasi di dover ricevere in sua casa chiunque si presenta, senza neppur conoscere le persone che riceve: ma nulla vi è di simile nella supposta situazione, chè l'albergatore conosce o può conoscere coloro che vivono a lui dappresso, che sono domiciliati nella stessa città, può valutarne la solvibilità e se consento a far loro degli anticipi, si è perchè ben ha voluto seguirne la fede. Qui dunque non siamo nelle condizioni costitutive del privilegio, e neppure nei termini di esso, chè nella nostra ipotesi non v'è il *viaggiatore* di che parla la legge nominativamente e sugli effetti del quale essa fa ricadere il privilegio.

164. Il privilegio garentisce il credito per forniture, epperò è inerente non solo alle somme dovute dal viaggiatore pel suo alloggio e nutrimento, e per quello dei cavalli, se ne ha condotti nell'albergo, ma ancora a tutte le altre forniture, in quanto l'albergatore fosse stato astretto a farle per la natura del suo stato. Sarebbero soltanto eccettuate quelle il cui debito non fosse giustificato dalle naturali relazioni che intercedono tra l'albergatore ed il viaggiatore, p. es. il prestito di una somma di danaro. Il Dumoulin andava più oltre nel suo Comentario dell'art. 175 della consuetudine, egli eccettuava inoltre, come contrarie ai buoni costumi, le spese eccessive; *Si essent impensae valde superfluae, non venirent quia sunt contra bonos mores; nec eis favendum est imo magis inde puniendum et praesertim si sit lex sumptuaria*. Ma già dicevasi sotto l'antica giurisprudenza, e si può dire anche oggidì, contro tale restrizione, che non spetta all'albergatore d'informarsi se la spesa sia o pur no eccessiva, e che astretto dalla sua industria a fornire ai suoi ospiti quel che domandano, acquista il privilegio fornendo, ed ha dritto ad esercitarlo per qualunque credito, finchè gli effetti gravati presentino un sufficiente pegno (5).

165. Quali sono gli effetti che fa d'uopo considerare come gravati dal privilegio? Sono, ai termini del nostro articolo « Gli effetti del viaggiatore che sono stati trasportati nell'albergo ». La consuetudine di Parigi, più larga nella sua espressione, dava per pegno all'albergatore, come più sopra si è veduto « i beni ed i *cavalli* albergati ». Nonpertanto il testo del Codice si spiega mercè quello della consuetudine e si ammette generalmente che, sebbene parli soltanto di *effetti* trasportati nell'albergo, si estende nonpertanto agli animali, come cavalli, buoi ecc. che il viaggiatore avesse introdotti nell'albergo (6).

Se questi oggetti animati o inanimati non appartengono al viaggiatore,se il viaggiatore che li ha introdotti nell'albergo non li detiene che come locatario,depositario, o mutuatario, l'albergatore vi acquista del pari un dritto di pegno? La Corte di Colmar si è pronunziata negativamente sulla quistione, perchè a suo dire « se l'art. 1952 rende gli albergatori ri-

(1) Ferrière (art. 175 della Cons. n. 1).
(2) (Ibid. n. 10).
(3) Ibid.

(4) Ved. Troplong (n. 202).
(5) Ved. Ferrière loc. cit. (n.5).
(6) Troplong, (n. 201).

sponsabili degli effetti recati presso di loro dal viaggiatore, senza distinguere i proprii da quelli altrui, il n. 5. dell'art. 2102 non assicura ad essi per la loro somministrazione privilegio che per gli effetti del viaggiatore trasportati nell'albergo, vale a dire che sono sua proprietà (1) ». Ma la soluzione, per altro poco motivata, è stata generalmente respinta, e non poteva non esserlo. Per massima; in pria il privilegio dell'albergatore procede dalla stessa causa di quello del locatore; è formato come quello dalla legale presunzione di pegno tacitamente consentita; e poichè il privilegio del locatore ricade sugli oggetti che guarniscono le località prese in fatto, vuoi che appartengono al locatario, vuoi che appartengono a terzi (ved. supra n. 119), gli è aperto che il privilegio dell'albergatore deve colpire gli effetti trasportati nel suo albergo, tanto se il viaggiatore ne abbia la proprietà, quanto se non ne abbia che una precaria detenzione. Indi ed in fatto che dice il nostro articolo? Dice forse che il privilegio non ricadrà che sugli effetti *appartenenti* al viaggiatore? No certamente, dichiara gravati dal privilegio gli effetti *trasportati* nell'albergo, il legislatore non si rannoda dunque all'idea di proprietà. E così doveva essere, chè come mai l'albergatore, (può dirsi col Ferrière) sarebbe obbligato di informarsi se le cose appartengono a colui che le ha introdotte nell'albergo ed a qual titolo le detiene? Basta che sieno introdotte, perchè allo stesso punto divengano il pegno dell'albergatore (2).

Non pertanto la regola non è senza qualche eccezione, e poichè il privilegio dell'albergatore procede dalla stessa causa di quello del locatore, si comprende che le eccezioni stesse che affettano il dritto di costui, debbono affettare parimente il dritto di quello. Così, da una banda l'albergatore, anche di buona fede, non potrebbe esercitare il suo privilegio sulle cose rubate o perdute che il viaggiatore avesse trasportato nell'albergo, se il proprietario facesse uso nei tre anni del suo dritto di revindica; dall'altra il privilegio neppur potrebbesi esercitare, se l'albergatore avesse saputo, quando gli oggetti sono stati trasportati nell'albergo, che il viaggiatore non ne avea la proprietà (3). Abbiam dato su questi due punti, nel trattar del privilegio del locatore, delle spiegazioni alle quali non possiamo che rinviare (n. 122).

166. Il privilegio dell'albergatore come quello del locatore, come quello del creditore detentore del pegno è subordinato al possesso. Si acquista dunque col possesso, sussiste con esso e si estingue quando viene a cessare. Di qui nell'applicazione, notevoli conseguenze. Così, poichè il possesso è quello che dà il privilegio e lo consacra finchè esso si mantiene, ne segue che al momento stesso in cui gli effetti del viaggiatore sono trasportati nell'albergo, son gravati dal privilegio dell'albergatore e rispondono della spesa del viaggiatore, quand'anco siffatta spesa fosse cominciata al momento in cui gli effetti sono stati trasportati. P. es. il viaggiatore è nell'albergo già da un mese, e le forniture fattegli ascendono a 200 fr., allorchè fa venire nell'albergo la sua carrozza ed i suoi cavalli: bentosto il privilegio dell'albergatore colpisce la carrozza coi cavalli, i quali risponderanno con gli altri effetti del viaggiatore, non solo della spesa che seguirà la loro introduzione nell'albergo, ma anche di quella dei 200 fr. che era già fatta, allorchè si è condotta la carrozza e i cavalli (4). Ma non dovrebbesi estendere oltre la giusta misura questo effetto retroattivo che qui diamo al possesso. In diffinitiva nella nostra ipotesi le spese anteriori, al momento in cui si è accresciuto il pegno dell'albergatore, non costituiscono un debito distinto ed isolato; esse si riuniranno a quelle che andranno a seguire per formar con esse la spesa totale di un sol viaggio, di *un viaggio non interrotto*; e l'albergatore deve trovar la sua garenzia, per quest'unico debito che non può scindersi, in tutti gli effetti del viaggiatore, senza che siavi a distinguere, tra quelli che sono stati trasportati dal viaggiatore stesso al suo arrivo nell'albergo e quelli che non vi sono stati trasportati che dopo: epperò il locatore ha la sua garenzia nei mobili che guarniscono le località date in fitto, vuoi che questi mobili sieno stati trasportati dal locatario, vuoi che sieno stati introdotti nel corso dell'affitto, (ved. supra, n. 118 e segg.). Ma altrimenti sarebbe nel caso di viaggi successivi. P. es. l'albergatore presso del quale siasi fatta una spesa dal viaggiatore lo lascia partire senza farsi pagare e senza ritenere gli effetti che erano il suo pegno, il privilegio è estinto, perchè sol mercè il possesso potevasi mantener questo privilegio; l'albergatore spogliandosi del pegno, ha seguito la fede del suo debitore; è ormai creditore chirografario. Il viaggiatore ritorna in seguito nell'albergo, trasportandovi di bel nuovo i suoi effetti, ecco l'albergatore rientrato in possesso; ma qui il possesso non avrà ef-

(1) Colmar 26 apr. 1816.

(2) Ved. Ferrière (loc. cit., n. 17 — Conf. Grenier (t. II, n. 319), Favard. (loc. cit., num. 13), Persil (Quest sul priv., t. 1, c. 3), Dalloz, (loc. cit., num. 20), Duranton (t. XIX, n. 130), Zachariae (t. II, pagina 141), Troplong, (n. 201), Valette (n. 70).

(3) Ved. Bruxelles, 12 lug. 1808.

(4) Ved. Taulier (tom. VII, pag. 158), Troplong, (n. 201).

fetto retroattivo, ed il credito afferente al precedente viaggio non rimarrà meno chirografario, chè il privilegio si è irrevocabilmente perduto dal giorno in cui l'albergatore si è spogliato degli oggetti gravati; e se questi oggetti ritornati in suo potere rispondono della spesa che va a farsi nell'attuale viaggio, sono del tutto liberati per le spese fatte nel precedente viaggio. Così era pria del Codice (1) e non può essere altrimenti dopo (2); chè oggidì come una volta il privilegio dell'albergatore è subordinato al fatto del possesso.

167. Ma appunto perchè il privilegio è subordinato al possesso, era indispensabile di dare all'albergatore, indipendentemente dal privilegio, il dritto di ritenere il suo pegno fino a che non fosse pagato. L'art. 175 della Consuetudine di Parigi, come si è più sopra veduto, consacrava questo dritto in modo formale. La consuetudine aveva voluto che l'albergatore potesse ritenere fino al suo pagamento i beni ed i cavalli albergati, affinchè non fosse mica obbligato, come dice il Ferrière, a piatire innanzi il giudice del domicilio del suo debitore, per un debito che potrebbe essere di piccola entità, e che cagionerebbe più spese di quello che esso varrebbe, se occorresse litigare altrove che innanzi al giudice del suo domicilio (3). Il nostro articolo tace su tal punto, ma gli stessi motivi militano ancora oggidì, e con essi militano i principii generali che danno al creditore investito di un pegno il dritto di ritenzione come la sua garenzia primitiva e il mezzo più sicuro di ottenere il suo rimborso.

Soltanto questo dritto sarà vano o almeno sarebbe gravemente compromesso, se il creditore non potesse difenderlo e mantenerlo contro clandestini maneggi: di qui, come corollario, il dritto di rivendica. Così l'albergatore, il cui pegno fosse stato clandestinamente estorto ed a sua insaputa potrà rivendicar la cosa tra le mani di qualunque terzo possessore ed in qualunque luogo la trovi. Il nostro articolo che consacra questo dritto in favore del locatore (*supra*, n. 130) nulla dice in vero rispetto all'albergatore. Ma il dritto di costui non è meno certo: emerge al pari di quello del creditore detentore del pegno dall'art. 2279, Cod. Nap. ed è questo un vantaggio, poichè l'azione in revindica, invece di restringersi nel breve termine assegnato al locatore dal nostro, articolo sussisterà come quella che è accordata al creditore detentore del pegno, durante lo spazio di tre anni di che parla l'art. 2279 (4). Si applicheranno qui le osservazioni presentate *supra* n. 137 ad occasione del creditore detentore del pegno.

XIII.—168. *Spese di vettura e spese accessorie.*—Nei principii della legislazione romana, il vetturale aveva sulla cosa trasportata un'ipoteca che primeggiava le ipoteche anteriori e che procedeva, secondo taluni, dalla legge stessa, mercè la quale quella ipoteca sarebbe stata stabilita, e secondo altri, in maggior numero, dal consenso del proprietario, o da una convenzione tra il proprietario e il vetturale, convenzione o consenso che la legge avrebbe sanzionato, dichiarando l'ipoteca privilegiata (5). Il nostro articolo consacra la stessa idea, la quale del resto si era ammessa dall'antica giurisprudenza francese (6) allogando fra' crediti privilegiati « le spese di vettura e le spese accessorie sulla cosa trasportata. » Epperò, in pria il privilegio ha per oggetto non solo di garentire le spese di vettura, ma anche le spese accessorie, vale a dire tutto ciò che il vetturale ha sborsato per la cosa; p. es. per le riparazioni in caso di avaria, pei dritti di dogana, balzelli ed altri simili.—In seguito il privilegio è accordato al vetturale, vale a dire a colui che trasporta la cosa, vuoi per terra, vuoi per acqua, chè la legge non fa alcuna distinzione, ma non è accordato che a lui, e la Corte di Nimes ha giudicato con una perfetta esattezza, che colui il quale ha locato ad un vetturale per acqua il suo lavoro ed i suoi cavalli per trasporto di un battello carico di mercanzie, non ha privilegio sulle mercanzie trasportate pel pagamento del suo salario e per l'affitto dei cavalli (7). — Da ultimo, il privilegio grava la cosa stessa, il cui trasporto è stato affidato al vetturale: ma la cosa non è gravata che fino alla concorrenza delle spese di vettura e delle spese accessorie occasionate dal proprio trasporto, e non rispondono in modo alcuno del credito dovuto al vetturale per precedenti viaggi (8). Su di ciò a dir vero non v'è difficoltà.

169 Ma un ultimo punto è al contrario gravemente controvertito, si è che quello di sapere se il privilegio del vetturale è subordinato al fatto del possesso, come quello del locatore, del creditore detentore del pegno,

(1) V. Rouen. 16 messidoro anno 8.
(2) *Ved* Grenier (t. II, n 319), Delvincourt (t. III, p. 276), Persil (art. 2102. 5. num° 3), Dalloz (*loc. cit.*, n° 18), Duranton (t. XIX, n° 129), Zachariae (t. II, p. 114), Troplong (n° 206), Valette (n° 70).
(3) Ferrière (*loc. cit.*, n 4).
(4) Conf. Valette (n° 70). — Vedi pure Mourlon (n° 144).

(5) Vedi l. 6. § 2. ff *qui pot. in pign.*—Vedi pure Valette (n° 71).
(6) Vedi Pothier (*Proc. civ.*, n° 486).
(7) Nimes. 12 agosto 1812.
(8) Ved. Rouen, 5 giugno 1847 (Dev., 49, 2, 273). e Rig. 18 maggio 1831 (Dev., 31, 1, 220). — Conf. Troplong (n° 207*bis*).—Ved. nonpertanto Rig. 18 luglio 1819.

dell'albergatore, e si come costoro il vetturale è privato del suo privilegio, allorchè spogliasi volontariamente della cosa da lui trasportata, consegnandola al destinatario. A tal riguardo taluni autori, la cui opinione è ben grave, si pronunziano per la negativa, essi pensano che il privilegio sussiste dopo lo spossessamento ed accordano al vetturale che si è spogliato un termine per presentarsi di bel nuovo al luogo in cui le mercanzie sono state depositate e reclamare il pagamento delle spese di vettura, come creditore privilegiato, ai termini del nostro articolo (1). La Corte di Parigi si è pronunziata altresì in questo senso (2). E considerazioni di fatto ben potenti, il confessiamo, avrebbero potuto determinare il legislatore a decidere così. Il Pardessus ha benissimo detto, e dopo di lui il Troplong, che non si può esigere dal vetturale, che reclami al momento il suo pagamento e colpirlo di decadenza, perchè avesse omesso di reclamarlo; che le convenienze impongono taluni riguardi; che le circostanze richieggono qualche dilazione, e che la necessità delle verifiche non permette che lo si paghi al momento. Queste considerazioni ammesse come decisive si son tradotte in disposizioni legislative in taluni Codici stranieri; così, il Codice Sardo nel suo art. 2157 e poi la legge belga del 16 dic. 1851 nel suo art. 20 esprimono che « le spese di vettura e le spese accessorie sono privilegiate sulla cosa trasportata, mentre il vetturale ne è investito *e per le ventiquattr'ore che seguiranno lo consegno al proprietario* o al *destinatario*, purchè costoro ne abbiano conservato il possesso (3).

Ma il nostro articolo nulla dice di simile; non esprime a dir vero che il vetturale debb'essere investito della cosa, perchè possa esercitare il suo privilegio, ma le regole generali menano necessariamente alla perdita o alla estinzione del privilegio pel fatto dello spossessamento. Altrimenti non è in fatti del credito del vetturale che di quello dell'albergatore, esso si rannoda all'idea di tacito pegno, come per altro riconosce lo stesso Troplong nel suo Comentario sul *Pegno* (4). Or secondo la regola ordinaria in materia di pegno, il creditore detentore di esso non conserva il suo privilegio che mantenendosi in possesso. È lo stesso dell'albergatore, rispetto al quale il nostro articolo non parla neppure della necessità del possesso e che nonpertanto, per confessione di tutti gli autori, è decaduto dal suo privilegio, allorchè spogliasi volontariamente della cosa gravata. Gli è dunque ragionevole di pensare che la regola debbe agire al modo stesso rispetto al vetturale; tale è l'avviso che prevale in dottrina (5) e in giurisprudenza (6), e questo avviso pare ben conforme alla probabile intenzione del legislatore; chè s'egli avesse inteso accordare il privilegio al vetturale, anche dopo lo spossessamento, non avrebbe mancato di fissare un termine durante il quale il privilegio potrebbesi esercitare, come han fatto le legislazioni straniere, di che parlammo poc'anzi, e come ha fatto la nostra stessa legislazione, organizzando il privilegio del capitano sul nolo, allorchè ha detto che il capitano è preferito pel suo nolo sulle mercanzie di suo carico *per quindici giorni dalla consegno*, se non sono passate in mani terze (*ved. supra* n. 101).

Nonpertanto il ripetiamo, si è questo un dritto rigoroso e per questo stesso motivo è uopo badare nell'applicazione e non considerare il privilegio del vetturale come diffinitivamente estinto che nel caso in cui lo spossessamento è completo e reale. In tal senso non si può che approvare un arresto della Corte di Cassazione, dal quale risulta che la mercanzia può considerarsi come non avendo cessato di restare in possesso del vetturale, allorchè trattandosi, p. es. di legname trasportato per acqua e accatastato nel porto, vien riconosciuto che questo porto è un comun deposito in cui è conservata la mercanzia (7). È di fermo in questo caso ed altri analoghi, la merce è là a disposizione di tutti e per conseguenza non solo a disposizione del proprietario per la messa in vendita, ma ancora a disposizione del vetturale per l'esercizio del suo privilegio.

XIV. — 170. *Privilegio sulle cauzioni di taluni funzionarii pubblici*. In tutte le epoche e per così dire in tutti gli Stati, il legislatore ha sentito la necessità di premunire i particolari e lo stesso Tesoro pubblico contro gli abusi e le infedeltà dei contabili e di taluni funzionarii pubblici nell'esercizio delle loro funzioni. Di qui la cauzione, il cui versamento è richiesto a questi funzionarii come una condizione necessaria e preventiva alla immessione in possesso delle loro funzioni. I contabili che sono soggetti a questa legge, li abbiam già indicati nel nostro comentario all'art. 2098, e

(1) Ved. Pardessus (t. IV, n° 1205) e Duranton (t. XIX, n° 154), Troplong (n° 207), Mourlon (n° 144), Taulier (t. VII, p. 159).
(2) Ved. Parigi 2 ag. 1809.
(3) Ved. il Com leg. del Delebeque (p. 105, 115 e 116).
(4) Troplong (Pegno, n. 43).
(5) Ved. Tarrible (Repertorio del Merlin v. Priv. sez. 1, § 4), Delvincourt, t. III, p. 115, nota 3; Persil, art. 2102, § 6, n. 4; Dalloz. loc. cit., n. 21; Zachariae, t. II, p. 114; Valette, n. 73; e Massè, t. VI, n. 477, in cui ritratta l'opinione da lui precedentemente emessa in contrario senso.
(6) Req. 13 aprile 1810; Rouen, 23 marzo 1844.
(7) Ved. l'arresto del 13 aprile 1810 citato alla nota precedente.

sappiamo essere tutti coloro che, operando incassi ed effettuando pagamenti, hanno l'amministrazione dei danari del Tesoro, (*ved. supra*, n. 39). In quanto agli altri funzionarii sono in ispecie gli avvocati alla Corte di Cassazione, i notari, i patrocinatori, i cancellieri, gli uscieri, i commessarii agl'incanti ecc.

Ma non bastava esigerne la cauzione, era mestieri affettarne il montare in modo speciale alla protezione degl'interessi, che la istituzione stessa della cauzione aveva avuto in mira di rassicurare. Così ha fatto il legislatore; è di fermo il nostro articolo, confermando per altro in ciò una disposizione preesistente nelle leggi particolari (l. 21 ventoso, anno 7, articolo 8, e l. 25 ventoso, anno II, art. 33) e generalizzandola, compie la serie dei privilegi speciali su taluni mobili dicendo che « i crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai pubblici funzionarii nell'esercizio delle loro funzioni son privilegiati sul capitale della cauzione e sugl'interessi che possono esserne dovuti ». Qui la legge ha precipuamente in mira la cauzione dei funzionarii e degli ufficiali pubblici diversi dai contabili. Ma ciò non vuol dire che le cauzioni dei contabili sono liberate dal privilegio del Tesoro; tutto al contrario, la legge speciale del 5 settembre 1807, che abbiamo spiegata nel nostro comentario dell'art. 2098 colpisce altresì il capitale della cauzione che sottopone al privilegio del Tesoro pubblico (art.3); di tal che il tesoro è premunito contro gli abusi e le malversazioni che i suoi preposti potessero commettere nella loro gestione mercè un privilegio che affetta: 1° tutti i beni mobili del contabile; 2° gl'immobili acquistati a titolo oneroso dopo la sua nomina, vuoi da lui, vuoi da sua moglie anche separata di beni; 3° il capitale della sua cauzione. Però non dobbiamo insistere su quest' ultimo punto, dopo le osservazioni di supra presentate, n. 40 e segg., e passiamo all'oggetto speciale del nostro articolo.

171. Il credito ch'esso garentisce è, come caso stesso esprime, quello risultante da abusi e prevaricazioni commesse dai funzionari pubblici *nell'esercizio delle loro funzioni*, o per servirci delle espressioni consacrate dall'uso, il credito garentito è quello che risulta da *un fatto di carica*. Nei primi tempi la difficoltà consisteva a discernere ciò che costituisca un fatto di carica che dà origine ad un credito privilegiato, da tutt'altro fatto da cui risultasse un credito semplicemente chirografario. Ma questa difficoltà oggi più non vi è, e l'idea che è nettamente emessa dalla giurisprudenza a tal riguardo si è che per fatti di carica che danno luogo al privilegio, intendonsi sol quelli che rientrano nell'esercizio legale e forzoso delle fonzioni o del ministero dei funzionarii pubblici o dell'ufficial ministeriale, e che nel fatto non evvi fatto oneroso, per quanto possa essere pregiudizievole, dacchè risulti da una volontaria fiducia accordata all'ufficiale pubblico o ministeriale (1).

Del resto lo Stato, considerato come Stato, non ha alcun interesse allo stabilimento della cauzione fornita dagli ufficiali pubblici di cui qui trattasi, e sotto tal rapporto questa cauzione differisce da quella dei contabili, di cui testè parlammo; vale a dire che lo Stato non ha, in massima, privilegio su tale cauzione. Nonpertanto, se fossevi stato ricorso, come parte privata al ministero o alle funzioni di ufficiali pubblici o ministeriali di che parliamo, non sarebbe in minor buona condizione degli stessi semplici particolari, e il credito che potrebbe risultare in suo favore dal fatto dell' ufficiale pubblico o ministeriale sarebbe privilegiato, in quanto il fatto costituisse un fatto oneroso o di carica.

Circa le condanne che la regia potesse ottenere contro un ufficiale pubblico o ministeriale ed alle ammende che avesse fatto pronunziare contro di costoro, il credito ne è anche privilegiato, ai termini della legge del 25 ventoso, anno 11°, il cui art. 33 affetta la cauzione dei notai specialmente alla garenzia delle *condanne*, che possono pronunziarsi contro di essi per l'esercizio delle loro funzioni. La generalità della parola *condanna* non permette distinguere, almeno in quanto ai notai, fra quelle che pronunziano un'ammenda a pro del Fisco e quelle che son pronunziate per fatti onerosi. E sotto tal rapporto il privilegio di cui qui trattasi differisce da quello che è stato stabilito dalla legge speciale del 5 settembre 1807 pel ricupero delle spese giudiziarie in materia criminale, ved. *supra* n. 45. Nonpertanto il diritto dei creditori per fatti onerosi affetta il capitale della cauzione in modo talmente assoluto, che la regia non può nuocere all'esercizio di un tal dritto, e che se essa è privilegiata pel ricupero dell'ammenda sulla cauzione, non lo è che in seconda linea e viene sol quando son soddisfatti i creditori per fatto oneroso (2).

172. Il privilegio affetta non già la carica stessa (3) ma il capitale della cauzione e gl'interessi che possono esserne dovuti; affetta la

(1) V. Parigi, 14 mag. 1832 e 4 marzo 1834; Rouen, 15 febb 1838; Tolosa, 15 magg. 1841; Req., 14 marzo 1819; Douai, 20 magg. 1819; Nimes, 13 febb. 1831, Bourges, 6 magg. 1834; Parigi, 11 marzo 1852; Lione, 20 apr. 1832; Parigi, 15 nov. 1833, Cass., 18 genn. 1854 (Dev., 54, 1, 198. e 2, 206).

(2) V. Cass., 7 magg. 1816; Parigi, 21 genn. 1837 — Ved. pure Loyseau (De Of., lib. 1, c. 1, n. 85), Basnage Delle ipot., c. 15).

(3) Req., 30 marzo 1831.

cauzione per dir così in modo istantaneo, nel senso che il creditore il quale ha ottenuto delle condanne contro un funzionario pubblico può sequestrare e farsi conseguare i danari che formano la cauzione, senza che i tribunali possano ritardare il versamento nelle mani del creditore sequestrante (1), sin dopo l'avvenimento o della morte o della dimissione del funzionario. Il privilegio affetta altresì la cauzione in modo completo, nel senso che tutti i fondi che la costituiscono ne rimangono gravati. Anzi la Corte Suprema ha deciso che le somme versate al Tesoro da un percettore di contribuzioni dirette che esercitava ad un tempo le funzioni di cassiere municipale di un comune, per garenzia della sua duplice gestione, non costituiscono che unica cauzione la cui totalità, in caso di deficit nella cassa municipale, è affetta con privilegio al credito del comune, in forza dell'ultima disposizione del nostro articolo (2).

173. Questo privilegio che la sola qualità del credito fa acquistare, si conserva mercè molliplici cautele, indicate negli articoli 2, 5, e 6 della legge del 25 nevoso, anno 13°, sulle misure relative al rimborso delle cauzioni, e noi vi rimandiamo il lettore.

174. Indipendentemente dal privilegio di cui or ora abbiam parlato, avvene un altro il quale grava la cauzione degli uffiziali pubblici o ministeriali in favore dei locatori di capitali. Al tempo della redazione del nostro articolo già proponevasi di affettare le cauzioni a questo secondo privilegio: la proposizione fu allora messa da banda, tra gli altri motivi, perchè se la disposizione venisse inserita nel Codice Napoleone, diverrebbe una regola assoluta ed impaccerebbe le operazioni della Cassa di ammortizzazione, la quale non aveva officina di opposizione (3). Ma si convenne che la proposizione verrebbe ripresa; e di fatto lo è stato ad occasione della precitata legge del 25 nevoso, anno 13, il cui articolo 1, dopo aver confermato l'affezione che forma obbietto del nostro articolo, soggiunge che le cauzioni sono affette « per secondo privilegio al rimborso dei fondi che si fossero prestati ai titolari per tutta o parte della loro cauzione e sussidiariamente al pagamento, nell'ordine consueto, dei crediti particolari che fossero esigibili contro di essi ». Il motivo e la destinazione di questi imprestiti dovevano collocare coloro che li facevano in una classe particolare. « Coloro che danno danaro ad impronto affettano la loro proprietà evidentemente alla garentia della gestione del loro debitore, come esprimeva la esposizione dei motivi della legge: essi non vogliono rispondere che della moralità di questa gestione; la natura del loro contratto li distingue dai creditori ordinarii: la legge deve dunque stabilire una distinzione tra il loro dritto speciale e il dritto *comune* degli altri creditori ». In seguito nel 1812 si è voluto sopprimere questo privilegio di second'ordine, dal perchè, si diceva, ne sarebbero risultate delle complicazioni e degli abusi, del pari che l'affievolimento delle garenzie della solvibilità personale del titolare mercè le sostituzioni di particolari prestatori. Eravi in questo senso un articolo nel progetto della legge dei conti nel 1810, ma la commissione della Camera non riguardò gl'impacci allegati, come tali da necessitare in modo assoluto ed urgente l'abrogazione in tal punto della legge del 25 nevoso, anno 13, e dei decreti che ne sono stati la conseguenza. L'articolo fu dunque soppresso dal progetto, ed il privilegio in secondo ordine fu mantenuto nella legislazione. Non dobbiamo più insistere sulle particolari difficoltà che si rannodano a siffatta materia, ci basta l'aver indicato, sotto il punto di vista del nostro subbietto, che questo privilegio non viene che in second'ordine sulla cauzione e di soggiungere che le giustifiche a farsi per provare il prestito sono regolate, oltre della precitata legge, dai decreti del 28 agosto 1808 e 22 dicembre 1812, ai quali rimandiamo il lettore.

§ 3. Della classifica dei privilegi sul mobili.

2096 [1966]. Fra i creditori privilegiati la preferenza vien regolata secondo le diverse qualità dei privilegi (a).

2097 [1967]. I creditori privilegiati che sono nel medesimo grado, sono pagati in proporzione eguale (b).

SOMMARIO

I. Passaggio. In materia di privilegio, non debbonsi soltanto determinare i crediti privilegiati, è uopo in oltre occuparsi della classifica dei privilegi, allorchè vengono in concorso. I nostri articoli sono relativi a quest'ultimo obbietto; ma differiscono dagli articoli di cui precede il comento, in quanto che invece di precisare tutto limitatamente, si restringono a formare un principio. La legge ha proceduto saggiamente, formando questo principio, invece di tentare una classifica generale dei privilegi. — Del resto, la regola è comune ai privilegi sul mobili ed a quelli sugl'immobili — Ma qui non è quistione che dei primi. Rinvio in quanto agli ultimi.

II. Classifica dei privilegi sulla generalità dei mobili, allorchè sono in concorso tra loro. L'ordine in

(1) Cass, 4 febb. 1822 — Conf. Duranton (t. XIX n. 138).

(2) Req 5 dec. 1843, (Dalloz, 44, 1, 65).

(3) V. Fenet. (t. XV. p. 335).

(a b) Niuna divergenza è fra questi articoli.

tal caso è regolate dalla legge stessa. Rinvio all'art. 2101. — Nonpertanto quest'ordine è stato modificato in taluni punti da varie leggi speciali, le quali ànno stabilito privilegi generali sui mobili in favore del Tesoro pubblico — In che consistono le modifiche.—Classifica dei privilegi generali giusta l'art. 2101 e queste leggi speciali combinate.

III. Classifica, nel caso di concorso trai privilegi sulla generalità dei mobili e i privilegi su taluni mobili. La legge non fissa l'ordine in tal caso; ma la regola dell'articolo 2096 determina la preferenza in favora dei privilegi sulla generalità dei mobili.—Controversia — Del resto i privilegi generali debbono esercitarsi con preferenza sui mobili liberi, in modo che il peso ricada sui creditori chirografarii piuttosto che sui credito i investiti di un privilegio speciale — Pelle spese giudiziario. In quale misura primeggiano i privilegi speciali, applicaziona alle spese di suggelli e di inventario.

IV. Classifica dei privilegi su taluni mo III. allorchè sono in concorso tra loro — L'ordine è regolato eccezionalmente dalla legge in taluni casi particolari. Esame di questi casi e sviluppi. — Applicazione della regola fermata dall articolo 2096 al caso di concorsi diversi da quelli preveduti dal legislatore.

V. Nel caso in cui frai privilegi in concorso, se ne trovino molti ai quali debbesi applicare lo stesso rango — Applicazione dell'articolo 2097. In qual senso è uopo intendere la regola. Sviluppi.

I. — 173. Questi articoli, di cui abbiamo riserbato il comentario (ved. n. 27), danno adito ad un novello ordine d'idee. Fin qui ci siamo limitati alla determinazione dei crediti privilegiati, vuoi sulla generalità dei mobili, vuoi su taluni mobili specialmente, il che non è che uno dei due elementi necessarii, uno dei due lati della materia dei privilegi. Ecco che diam principio al secondo, il quale è la fissazione dell'ordine, in cui debbono essere collocati i crediti privilegiati nelle distribuzioni in cui vengono in concorso. E qui, notiamolo dal bel principio, il procedimento della legge ed il sistema di essa differiscono essenzialmente dalla regola assoluta, la quale ha dominato finora. Nella determinazione dei crediti privilegiati, tutto è di dritto stretto e rigoroso, l'abbiam detto ad ogni passo nel comentario degli articoli che precedono: i crediti privilegiati sono quelli ai quali la legge stessa rannoda un privilegio: qualunque credito, per quanto favorevole lo si possa supporre, sarà semplicemente chirografario, se non è compreso nella enumerazione che il legislatore ha data dei crediti privilegiati; epperò la legge ha detto tutto in questa parte del suo subbietto, tutto ciò che ha voluto dire, e la interpetrazione nulla può aggiungere a quanto essa ha detto. Al contrario nella classifica dei privilegi, alla quale siamo ora giunti, la legge, salvo talune classifiche particolari già da noi indicate, (ved. n. 64 e 111) e di cui bentosto parleremo con maggiore sviluppo (ved. n. 180 e segg.), si limita a fermare il principio consacrato dai nostri articoli, cioè che, trai crediti privilegiati, il rango o la preferenza è determinata dalla qualità o dalla causa del credito, e con ciò lascia tutto o presso che tutto al dominio della valutazione.

Taluni autori rimproverano alla legge di non avere in questo punto adempito al suo mandato. Qual'è, dicono essi, il grado di favore meritato da ciascuno dei crediti privilegiati? Come effettuare un simile regolamento, se non per via di disposizione legislativa? Abbandonarne la cura alla pratica o anche ad una interpetrazione più o meno abile di sparsi testi, non è forse lo stesso che porre gl' interessi dei creditori in balia dell' arbitrio delle opinioni e fors' anco delle personali inclinazioni del giureconsulto o del magistrato? era dunque mestieri che il legislatore si spiegasse su tal punto in modo completo, ed egli non ha adempito che a metà il suo mandato, allorchè dopo aver enumerato limitatamente i creditori privilegiati, ha lasciato all' interpetrazione la cura di regolare la classifica dei crediti privilegiati, vale a dire di raggiungere il secondo scopo, non meno essenziale del primo, che deve proporsi qualunque buona legge sulla materia dei privilegi (1). Queste idee del resto han dominato e prevaluto nel Belgio nella discussione della legge che ha modificato il regime ipotecario di quel paese; epperò vedesi che questa legge del 16 dic. 1851 consacra una porzione della sezione dei privilegi sui mobili (il § 3°) *al rango dei privilegi mobiliari in caso di concorso tra loro* (2). — Altri autori al contrario hanno approvato la legge per la sua riserva, han pensato che il grado di favore che si rannoda alla causa dei privilegi è variabile secondo le specie e le differenti posizioni dei creditori, che quel tale credito che in un caso ne primeggia un altro, è a sua volta primeggiato da questo nel tal altro concorso di circostanze che può presentarsi. Ed han conchiuso che il legislatore aveva potuto dispensarsi dall'entrare nel dettaglio di tutte queste combinazioni d'interesse che il più delle volte non sono che il puro effetto del caso (3), e che anzi egli aveva agito con prudenza lasciando questa cura all'interpetrazione, in quanto che l' errore, sì facile nelle valutazioni di siffatta natura, è isolato e passaggiero, allorchè emana dalla interpetrazione del giudice, e non ha quindi le gravi conseguenze ch'esso produce, allorquando è nella legge, la quale dispone in modo generale e permanente.

(1) V. Valette (n. 106), Dall. loc. cit., sez. 3, osservaz. prelimin. sull'art. 1.

(2) Ved. gli art. 21,22,23 a 26, Com. leg. del Delebecque (p. 110 e segg).

(3) V. Grenier (t. II. n. 294) a Troplong (n. 29).

In quanto a noi, ci sembra che il sistema della legge trova la sua più perfetta giustificazione nello stato attuale della dottrina su questa quistione sì ardua del concorso tra loro dei crediti privilegiati. Certamente, quando tutti gli sforzi dei giureconsulti non han menato che ad una constatata impossibilità di venir d'accordo non già solo sulla soluzione delle difficoltà di dettaglio che presenta la materia, ma ancora su taluni principii suscettibili almeno da servir di guida, è difficile non riconoscere che le circostanze qui debbono ad ogni passo fornir la ragione decisiva delle cose, ed in conseguenza che salvi taluni punti particolari sui quali la legge poteva statuire, la classifica dei privilegi è una materia che il legislatore non doveva regolare. Bastava fermare una regola generale e lasciarne poi l'applicazione al giudice, salvo a lui a tener conto delle circostanze, che, col variar delle specie, debbono modificare le soluzioni. Tal'è la regola che ci presentano i nostri articoli, allorchè ci dicono che il rango dei privilegi è determinato dalla qualità e dalla causa del credito e che quando fra' privilegi che vengono in concorso, ve ne ha taluni la cui causa è uguale o egualmente favorevole, i creditori investiti di questi ultimi privilegi debbono essere pagati per concorrenza.

Siffatta regola è comune ai privilegi sui mobili ed a quelli sugl'immobili. Nonpertanto noi riserbiamo le applicazioni di cui è suscettibile rispetto ai privilegi sugl' immobili pel nostro comentario dell'art. 2103, in quanto al presente ci occuperemo limitatamente dei privilegi mobiliari, vuoi che affettino la generalità dei mobili, vuoi che gravino taluni mobili specialmente.

II. — 176. Allorchè i privilegi in concorso tra loro si rannodano tutti a crediti privilegiati sulla generalità dei mobili (e sussidiariamente sugl'immobili) la classifica si fa senza alcuna difficoltà. La legge stessa, deducendo la conseguenza della regola fermata nell'articolo 2096 determina, secondo il favor del credito, il rango che debb'essere assegnato a ciascuno di quelli che enumera. Forse in un punto solo potrebbesi censurare l'ordine in essa stabilito; potrebbesi dire che sarebbe necessaria una posposizione tra il privilegio per fornitura di sussistenza e quello delle persone di servizio pel loro salario, e che gli stessi domestici essendo stati nutriti dai fornitori ed avendo partecipato al consumo delle sussistenze, ved. *supra*, n. 92, sarebbe stato equo di accordare ai fornitori che vengono in quinta linea il quarto rango che erasi dato ai domestici. Nonpertanto, riflettendovi dappresso si vede, che la causa dei domestici è stata giustamente valutata dalla legge, e che la preferenza di cui sono stati l'obbietto rispetto ai fornitori, ai fonds sui dati più esatti dell'equità. Il domestico che continua a prestare i suoi servigi al padrone, anche colpito nel suo patrimonio, cede ad un sentimento di umanità, cui la legge doveva incoraggiare. Da altra banda il suo credito è necessariamente poco considerevole, è di raro, come abbiamo espresso nel nostro comentario dell'art. 2101, egli possiede altro che il suo salario pei bisogni della sua vita. Non era dunque mestieri esporlo a perdere questo salario, facendolo precedere dai fornitori, ai quali il suo modico credito arrecherà picciol torto, ed i quali per altro non avranno giammai a temere come lui, a causa della loro stessa posizione, le conseguenze della insufficienza del pegno e della insolvibilità del debitore. La classifica dei privilegi generali, come è stata regolata dall'art. 2101, non può che essere approvata.

177. Ma questa classifica è stata modificata. Le leggi speciali alle quali si riferisce l'articolo 2098 e di cui abbiam presentato il comentario ad occasione di questo articolo (v. *supra*, n. 28 e segg.), àn creato in favore del Tesoro pubblico dei privilegi generali, molti dei quali sono intercalati in quelli che enumera il nostro articolo. Questi privilegi generali sono: 1. il privilegio della dogana, organizzato dalla legge del 6-22 agosto 1791 e 4 germinale, anno 2, (*supra*, n. 30 e seguenti); 2. il privilegio della regia delle contribuzioni indirette stabilito dal decreto del 1. germile, anno 13, e che è del tutto conforme a quello della dogana (supra, n. 35 e segg.); 3. il privilegio organizzato dalla legge del 5 settembre 1807 in favore del Tesoro pubblico sui beni dei contabili, il quale fu poscia esteso, giusta lo avviso del Consiglio di Stato del 25 febbraio 1808, al tesoro della Corona (ved. supra n. 38 e 41); 4. il privilegio risultante in favore del Tesoro da una altra legge in data di questo stesso giorno, 5 sett. 1807 per le spese giudiziarie in linea criminale (supra, n. 43 e segg.), 5. il privilegio stabilito dalla legge del 12 nov. 1808 in favore del Tesoro pel ricupero delle contribuzioni dirette, (supra, n. 50 e segg.); 6. da ultimo il privilegio risultante ancora in favore del Tesoro, dalla legge delle Finanze del 28 aprile 1816 per dritti ed ammende in materia di bollo, supra n. 54. Non pertanto questi privilegi generali sui mobili non modificano tutti l'ordine stabilito dall'articolo 2101 trai privilegi dello stesso genere che enumera. Le leggi speciali nelle quali attingono la loro origine, e che hanno avuto cura di classificarli, non alterano quest'ordine in favore: 1. dei privilegio pel ricupero delle contribuzioni dirette che, giusta i termini della

legge 4.4 12 nov. 1808, debbesi esercitare pria d'ogni altro, salvo quello delle spese giudiziarie (ved. supra, n. 53); 2. del privilegio per dritti ed ammende in materia di bollo che la legge del 1816 assimila completamente al precedente; 3. e del privilegio della regia delle contribuzioni indirette, il cui credito, giusta il decreto del 1. germile, anno 13, è preferito a tutti gli altri, eccetto le spese giudiziarie, quelle delle contribuzioni dirette e quanto è dovuto per sei mesi di pigioni soltanto, e salva altresì la revindica debitamente istituita dai proprietarii delle mercanzie, in natura che sono ancora sotto balla o corda (supra, n. 35). In quanto agli altri privilegi del Tesoro, essi lasciano sussistere l'ordine stabilito dall'articolo 2101, avendo le leggi speciali che li stabiliscono classificato, gli uni, come quello della dogana, immediatamente dopo i privilegi generali enumerati in questo articolo, e gli altri non solo dopo i privilegi generali dell'articolo 2101, ma anche dopo tutti i privilegi speciali dell'articolo 2102 (supra, n. 33, 11, 43 e 46). Noi non vorremmo sostenere che queste disposizioni, segnatamente nel punto in cui affettano l'ordine stabilito dall'art. 2101, sieno eque sotto tutti i rapporti. E p. es. se ammettiamo che la ragione di Stato debbe fare assolvere la legge del 12 nov. 1808 dall'avere accordato rango al privilegio della regia delle contribuzioni dirette immediatamente dopo le spese giudiziarie (supra n. 53) (1), non possiamo ammettere che il decreto del 1. germile, anno 13, sia stato parimenti ben ispirato, quando à accordato al credito della regia delle contribuzioni indirette la precedenza sui crediti dell'art. 2101, il cui privilegio ha la sua causa nella necessità, nel rispetto per la memoria dei defunti, nella umanità, in un sentimento di protezione, a dir breve nelle considerazioni dell'ordine più elevato e per conseguenza più suscettibili per loro natura di richiamare il favore della legge: comprenderebbesi a stento, che per assimilazione al credito della dogana, il quale nonpertanto, nella verità delle cose, à maggior dritto a favore, il credito della regia delle contribuzioni indirette fosse stato collocato, come quest'ultimo, dopo i crediti enumerati nell'art. 2101, ma in fin dei conti la legge ha stabilito altrimenti e come qui trattasi di applicarla e non di rifarla, è uopo seguirne le disposizioni. Conchiudiamo dunque che dal confronto dell'art. 2101 con le leggi speciali or ora citate risulta che i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili sono: 1. le spese giudiziarie, 2. il credito delle contribuzioni dirette, 3. i dritti ed ammende in materia di bollo, 4. il credito delle contribuzioni indirette, (salvo preferenza per le pigioni di sei mesi), 5. le spese funerarie, 6. le spese di ultima malattia, 7. i salarii delle persone di servizio, 8. le forniture di sussistenza, e 9. il credito della dogana (2). Tale è l'ordine stabilito dalla legge; e siccome qui la legge ha fatto tutto, siccome essa ha voluto non solo creare il privilegio, ma anche assegnargli il suo rango, gli è aperto che, in questo primo caso di classifica, in cui supponiamo che tutti i creditori presenti sono privilegiati sulla generalità dei mobili, non vi sarà possibile conflitto: la enumerazione che precede riproduce la classifica, tal quale risulta dei testi: se ne dovrà dunque seguir l'ordine.

III. — 178. Or supponiamo che dei creditori di tale categoria si trovino in concorso con altri creditori, il cui privilegio ricade soltanto su taluni mobili. Come si farà la classifica tra loro? Qui la legge tace, e nella materia dei privilegi non v'è forse quistione che abbia dato luogo a maggiori divergenze. Tre sistemi principali sono a fronte. Il primo, prendendo per base la causa stessa del credito e il testo dell'art. 2105, ferma in tesi assoluta la preeminenza dei privilegi generali rispetto ai privilegi speciali (3), il secondo parimenti assoluto, ma in senso inverso accorda la preferenza ai privilegi speciali sui generali, e fondasi altresì sulla causa stessa dei privilegi da una banda e dall'altra su taluni testi, segnatamente gli articoli 661 e 662 Cod. di procedura civ., i quali collocano il privilegio del locatore pria del privilegio delle spese giudiziarie, vale a dire un privilegio speciale prima di un privilegio generale, ed anche quello tra i privilegi generali che primeggia tutti gli altri (4), il terzo da ultimo non tenendo conto della generalità nè della specialità dei privilegi

(1) Ved. Grozio, de jure bellis et pacis. lib 1, c. 1. n. 6. — Nonpertanto il Troplong censura la stessa legge in questo punto. (n. 33).

(2) Lasciamo volontariamente da banda i privilegi stabiliti a favore del Tesoro pubblico dalle due leggi del 5 settembre 1807, perchè sebbene generali sui mobili non sono classificati come abbiamo detto che dopo i privilegi speciali dell'art. 2102 (ved. pure infra n. 180).

(3) V. Maleville (art. 2102); (Rep. di Merlin, v. privileg., sez 3, § 1). Favard de Lang'ade (Rep v. privileg. sez. 3). Grenier (t. II, n. 298), Delvincourt (t. 3. p. 152, nota), Troplong (n. 74), Chauveau e Carrè (Quist. 2175 e 2177). E. Jay (Riv. crit., t. 1. pag. 116). Menuet. (ibid. t. VII. pag. 65). — Ved. pure Limoges, 15 giug. 1815; Rouen. 12 mag. 1828, Poitiers, 30 giug. 1830, Rouen. 31 giug. 1831, Lione 16 genn 1842, Bordeaux, 12 apr. 1853, Cass. 23 aprile 1854.

(4) V. Pigeau (t. II, p 184): e Persil (articolo 2101, Quist t. 1. p 53), Dalloz (loc. cit. n. 101. Valette (n 119)—Ved. pure Parigi. 27 nov.1814, Lione 27 marzo 1821, Rig., 20 ag. 18.1, Lione, 11 dec 1823, Rouen 17 febb. 1826, Parigi, 25 febb. 1852, Lione, 1 ap. 1811, Rig., 20 marzo 1810 (Dalloz, 49, 1, 250.

li prende tutti insieme, li paragona gli uni agli altri, e determina il rango di ciascuno secondo il grado di favore che si rannoda a ciascun credito (1). Son questi, abbiam detto, i tre sistemi principali; ma ve ne han altri ancora, e di fermo l'ultimo si suddivide all'infinito, non accordandosi i partigiani di esso che sul principio e differendo talmente sulle applicazioni, che potrebbesi dire esistervi tante dottrine diverse, per quante sono le autorità che hanno accettato il principio che lo domina per punto di partenza. E da ultimo abbiamo la dottrina di coloro che ravvisano in ciò una quistione di fatto più che di dritto, una quistione su di cui il legislatore se ne sarebbe rimesso alla valutazione dei tribunali ed avrebbe loro accordato un potere sovrano per decidere, se i crediti dell'art. 2101 sono a causa della loro qualità più o men favorevole di quelli dell' art. 2102 (2).

In quanto a noi ciò è una vera quistione di dritto e non mica una quistione di fatto e di semplice valutazione. La pruova ben evidente si rattrova negli arresti della Corte Suprema che noi citiamo in nota. Allorchè nel 1819 deferivasi a quella Corte una sentenza la quale aveva fatto prevalere un privilegio del proprietario a causa delle pigioni dovute (privilegio speciale) su quello di un mercante per forniture di sussistenza (privilegio generale) la Corte ben rigettò il ricorso, ma per quale motivo? Perchè i primi giudici avevano forse fatto uso di un potere di valutazione innanzi al quale trovavasi disarmata la Corte Suprema? Certo che no. Si fu per motivi di dritto, per considerazioni puramente dottrinali; e benchè nel fondo queste considerazioni sieno ben contestabili (come or ora vedremo) esse non dimostrano meno che, nel pensiero della Corte e nella verità delle cose, evvi qui una quistione su di cui i giudici non sono liberi della loro valutazione, e la cui soluzione rileva essenzialmente dal potere regolatore della C. suprema.

Lasciando dunque da banda l' ultimo dei sistemi che si son prodotti sulla nostra quistione, e scegliendo tra gli altri, noi pensiamo essere stato nelle mire del legislatore di consacrare quello che, intesi assoluta, fa prevalere i privilegi generali sui privilegi speciali. Una cosa ci colpisce in sulle prime: si è la opinione di tutti i giureconsulti che, dopo aver concorso alla redazione del Codice Napoleone, hanno dappoi comentato o interpetrato questo Codice nelle loro opere dottrinali. Di tutti questi giureconsulti non ve ne è uno, il quale ricusi il suo appoggio alla idea che i privilegi generali dell'art. 2101 debbono primeggiare i privilegi dell' art. 2102, tali sono il Maleville, il Tarrible, il Grenier, il Favard! Non vedesi in ciò alcun che di ben significativo! E quando quelli stessi che han preso parte alla discussione ed alla redazione della legge si riuniscono così in una stessa opinione, quando vengono ad emettere su di un punto ad interpetrare, un avviso conforme e perfettamente identico, non fa d'uopo forse conchiudere per così dire *a priori*, che il pensiero che essi esprimono con questa unanimità è appunto quello in cui la legge da essi spiegata è stata concepita, discussa e votata? E poi, se da questa prima impressione si passi ai testi, facendo astrazione dalle obbiezioni di dettaglio con le quali è stata oscurata questa difficoltà di interpetrazione, tutto non concorre a forse confermare la conclusione che noi qui deduciamo *a priori*. Il nostro art. 2096 ferma una regola, di cui l'art. 2101, non è in fin dei conti che un' applicazione: tra' creditori privilegiati la preferenza va regolata mercè le differenti qualità del credito. Or può esservi causa preferibile a quella dei crediti enumerati nell'art. 2101? Evvi in pria le spese giudiziarie, che son fatte nell'interesse comune di tutti i creditori, e che debbono esser poste fuori causa, essendo assegnato loro il primo senza alcuna difficoltà in tutti i sistemi. Vengono poscia le spese funerarie e quelle di ultima malattia, privilegi che fondansi su di una ragione di evidente umanità; vengono da ultimo i salarii dei domestici e le forniture di sussistenze fatte al debitore ed alla sua famiglia, privilegio la cui causa è altresì nella ragione di umanità, avendo per iscopo di dare al debitore un credito senza di cui non può provvedere alle prime necessità della vita, e fan pel debitore in buona salute appunto quello che fa uno dei privilegi della precedente categoria pel debitore in istato di malattia. Di tutte queste spese a dir breve, la causa è sì favorevole che si può dire, come per altro diceva sì bene la Corte di Aix nelle sue osservazioni sui progetti di riforma del 1810 (3), che si presumono fatte *col consenso di tutti i creditori*, tanto è difficile di supporre che un creditore possa non volere che il suo debitore sia soccorso in caso di malattia, o che sia tanto inumano da rifiutare al suo debitore in istato di sanità i mezzi da provvedere al suo mantenimento ed alla sua vita. Epperò il dritto di priorità dei privilegi generali è nella causa stessa dei crediti che garentiscono, il che fa sì che questo dritto procede direttamente dal principio formato nel nostro art. 2096. E poi questo dritto è formalmente riconosciuto nell'art. 2105, che or ora comenteremo. Qual è il caso preveduto

(1) Ved. Demante (Temi, t. VI p. 255). Duranton (t. XIX, n. 205), Zachariae, (II, p. 217), Taulier (t. VII, p. 192). — V. pure Rouen, 12 mag. 1828, Caen, 8 marzo 1838.

(2) Ved. Mourlon (p. 573, 617 624).

(3) Ved. i documenti del 1844, (t. II, p. 3.)

in questo articolo? È il concorso dei privilegi generali, di cui ci occupiamo, coi privilegi speciali *sugli immobili*. E che cosa dice la legge per tal caso? Che il credito che affetta specialmente gl'immobili cede il posto ai crediti garentiti da un privilegio generale. Non può dunque essere altrimenti, quando questi stessi privilegi generali trovansi in concorso con privilegi speciali *sui mobili*. Ben si è detto che i crediti dell'art. 2101 son modichi, avuto riguardo al prezzo degli immobili, e che quindi essi han potuto essere collocati per preferenza su valori immobiliari, senza che se ne debba indurre la collocazione, anche con preferenza, di questi stessi crediti su di un mobiliare cui potrebbero assorbire per intero o per la massima parte. Ma al certo il legislatore non si è soffermato a questo cenno il quale per altro in fatto manca di esattezza. Oggidì della proprietà immobiliare più non è quel che ha potuto esserne una volta; essa è infinitamente smembrata, talmente smembrata che, secondo la statistica, i nove decimi delle vendite che ogni anno si producono al numero di un milione, si fanno per un prezzo che non raggiunge la cifra di 1200 fr.(1). L'argomento con cui si nega la priorità ai privilegi generali nel caso di concorso coi privilegi speciali sui mobili, non avrebbe dunque minor forza nel caso di concorso di questi stessi privilegi con quelli limitati ai soli immobili; ed ecco perchè l'art. 2101. il quale consacra formalmente siffatta priorità in quest'ultimo caso, deve menare per la sola forza delle cose ad ammettere la priorità nel primo: Si è perchè in fatti l'analogia è perfetta tra le due situazioni. E quando il legislatore dice, p. es. al venditore di un bene immobiliare, o agli architetti, imprenditori, fabbricatori che hanno edificato, ricostruito o riparato un immobile, che il dritto, per favorevole che sia, dovrà cedere a quest'altro dritto più favorevole ancora dei creditori dell'art. 2101, i quali vengono a reclamare il pagamento dei crediti sul bene immobiliare che il primo ha venduto, o di cui gli altri hanno accresciuto il valore, noi domandiamo come potrebbe avvenire che il venditore di un mobile, o l'operaio che l'avesse riparato, fosse in miglior condizione e primeggiasse invece di essere primeggiato. Ciò è evidentemente impossibile: due situazioni sì perfettamente analoghe non potrebbero menare a risultati sì completamente opposti.

Tutto ciò prevale, almen ci sembra, sulle obbiezioni di ragguaglio (o diciamolo con la Corte di Bastia (2) sulle obbiezioni *subalterne*) alle quali si rannodano esclusivamente i partigiani della dottrina contraria. Che se è uopo dire qualche parola di tali obbiezioni, ed in particolare di quella alla quale sembra affiggersi maggiore importanza, vogliam parlare dell'obbiezione desunta dall'art. 661 del Codice di procedura, farem notare ch'essa è ben lungi dall'avere la portata ed il valore che le si presta. E di fermo qual'è la ipotesi della legge? L'abbiamo indicato nel nostro comentario dell'art. 2101, (*ved. supra*, n. 67 in fine) si è quella di un creditor privilegiato, del locatore, il quale si oppone il credito delle spese giudiziarie che non gli han recato vantaggio. Ma in che cosa può colpire il principio di priorità cui la legge consacra formalmente, a parer nostro, in favore dei privilegi generali? In nulla! L'art. 662 Codice di procedura si limita a distinguere, nelle spese giudiziarie, spese garentite su di un privilegio generale, quelle che *recano vantaggio* al locatore, vale a dire ad un creditore investito di un privilegio speciale, e quelle *che sono state senza utilità per lui*, indi soggiunge che questa ultima porzione di spese non primeggerà il credito del locatore, (il che è di tutta giustizia e non è se non la deduzione logica di una regola già spiegata, *supra*, n. 67 ed alla quale or ora ritorneremo). Ma questo articolo non dice che l'altra porzione di spese, quella che ha vantaggiato il locatore, quella che si riferisce al rapporto che al locatore è anticipato ad avanzare per fare statuire preliminarmente sul suo privilegio (art. 661) non primeggerà neppure il suo credito privilegiato. Nonpertanto dovrebbesi ciò rinvenire nell'art. 662 che si oppone, perchè la disposizione di esso potesse fornire un serio argomento nel senso in cui è invocata. Queste obbiezioni non possono dunque nè distruggere, nè affievolire le induzioni desunte dagli art. 2096, 2101, 2105 combinati, e noi conchiudiamo ripetendo che il dritto di priorità che procede direttamente in favore dei privilegi generali dal principio fermato dal primo di questi articoli, trovasi riconosciuto e consacrato molto esplicitamente nell'ultimo. Tale è del resto la dottrina verso la quale propende visibilmente oggidì la Corte di Cassazione la quale, dopo essersi pronunziata in favore dei privilegi speciali oel suo arresto del 20 marzo 1849, ha detto al contrario nel recente arresto del 25 aprile 1851, reso sotto la presidenza del Troplong, dell'eminente giureconsulto, il quale presta alla priorità dei privilegi generali l'appoggio più solido e più energico « che ai termini degli art. 2101 e 2105 del Codice Napoleone, il privilegio delle spe-

(1) Vedi i documenti del 1814 (t. II, p. 11).

(2) Ibid., t. III, p. 534; e Riv. crit., articolo del Menuet, t. III, p. 85.

se giudiziarie deve primeggiare tutti gli altri privilegi generali o *speciali*, *non solo sui mobili*, ma ancora sugl'immobili, nel manco di mobiliare » espressioni che ravvicinate a quelle dell'arresto impugnato innanzi la Corte suprema (1) indicano con la loro stessa generalità che la Corte non ha inteso restringere il suo cenno al solo privilegio delle spese giudiziarie.

179. Ma, assodato questo punto, aggiungeremo due osservazioni come temperamenti di dritto e di equità. L'una ci viene suggerita da un'addizione che il Tribunato proponeva di fare all'art. 2100, e che consisteva nel dire che « i privilegi generali non hanno preferenza sui mobili affetti a privilegi particolari che quando gli altri mobili sono insufficienti per soddisfarli (2). » Questa disposizione non fu aggiunta nella legge; noi crediamo nonpertanto esservi luogo a seguire il modo di distribuzione da esso segnalato. Senza nulla qui pregiudicare su di una quistione dello stesso genere che incontreremo nel trattare delle ipoteche, la quistione del concorso delle ipoteche generali con le speciali, la quale si risolve coi principii che le sono proprii, si può dire, col Tribunato il quale spiegava e giustificava la sua proposizione, sembrar giusto, se i mobili liberi bastano per soddisfare i creditori investiti dei privilegi generali, che i mobili gravati da privilegi speciali sieno riservati pei crediti, di cui sono il pegno speciale (3) Arrogi che, se fosse altrimenti, se fosse permesso al privilegio generale di lasciar da banda i mobili liberi, e di servirsi a sua scelta sui mobili gravati, la distribuzione potrebbe far l'affare dei creditori chirografari sui quali deve gravare in diffinitiva il peso dei privilegi.

In quanto alla seconda nostra osservazione, essa è più particolarmente relativa alle spese giudiziarie, e testè noi la facevamo presentire: queste spese, come abbiamo già detto più volte (ved. n. 67 e 178 in fine) non debbono primeggiare i crediti garentiti da un privilegio speciale che nella misura in cui sono state utili a questi crediti. Ciò è accettato in tesi generali; ma evvi un punto su di cui l'applicazione trova qualche difficoltà, è quello relativo alle spese di suggelli ed inventario.

Le formalità di suggello ed inventario non avendo altro oggetto che di conservare tutto ciò che dipende dalla successione, le spese che esse cagionano, debbono prendersi sulla cosa; è troppo giusto che l'erede non le paghi coi suoi danari (4). Da un'altra banda non è possibile di supporre che la legge abbia imposto al giudice di pace ed al cancelliere l'obbligo di apporre i suggelli di officio, ed al notaio quello di prestare il suo ministero quando ne è richiesto, senza lor dare ad un tempo i mezzi di assicurare il rimborso dei loro anticipi e delle loro speso; epperò si riconosce senz'altra difficoltà, che le spese di suggelli e d' inventario rientrano nella categoria delle spese giudiziarie alle quali l'articolo 2101 assegna il primo di tutti i privilegi generali; sopra, n. 69. Ma gli è aperto che queste spese non debbono primeggiare tutti i crediti garentiti da un privilegio speciale; p. es. il creditore detentore del pegno ed il vetturale essendo in possesso del loro pegno, è evidente che i suggelli e l'inventario non arrecano loro vantaggio. Che il prezzo dunque della cosa, di cui il vetturale o il creditore detentore del pegno fossero investiti, si metta in distribuzione, e più non si potrà dare alle spese di suggelli e d'inventario un rango di priorità relativamente al creditore del vetturale e di colui che detiene il pegno. Ciò è di tutta evidenza.

Mettiamo ora in confronto il credito delle spese di suggelli e d' inventario con quello del locatore; qui cangia la tesi e le autorità sono profondamente divise. Secondo gli uni, il locatore dovrà sempre essere pagato pria del creditore per ispese di suggelli e d'inventario (5); altri vogliono che l'ordine inverso sia invariabilmente seguito (6); per altri in fine, a capo dei quali è uopo allogare il Troplong (7), la quistione è suscettibile di variare con le specie, e p. es. il locatore dovrà essere preferito, se ha fatto sequestrare pria della morte del debitore, o anche pria dell'apposizione dei suggelli. In quanto alla giurisprudenza essa sembra propendere per quest'ultimo partito. Così la Corte di Lione, dopo avere accordato la priorità al locatore con tre arresti successivi (8) ha finito per

(1) Questo arresto è quello di Bordeaux del 12 giugno 1853, già citato, in una delle precedenti note, come avendo consacrato in tesi assoluta la priorità dei privilegi generali. La cassazione ne fu pronunziata con l'arresto del 25 aprile 1854, da cui qui argomentiamo, ma su di un mezzo che non concerneva la quistione di priorità. E ciò dà ancor maggiore significato al motivo su trascritto dell'arresto di cassazione: ne risulta a parer nostro che la Corte Suprema, nel pronunziar la cassazione ha voluto manifestare che, almeno sulla quistione di priorità essa era di accordo con l'arresto cassato.

(2) Ved. Fenet (t. XV, p. 412).

(3) Vol. Fenet (loc. cit.).—Conf. Mourlon, n. 290.

(4) Ved. Chabot dell'Allier e Marcadé, sull'art. 810 Codice Napoleone.

(5) Ved. Pigeau (t. II, p. 187), Delvincourt (t. III, p. 269), Favard de Langlade (Rep. v. priv. di cred. sez. 3, § 1, n° 1), Persil (art. 2102, § 1, n° 29), Zachariae (t. II, p. 222), Valette (n° 118).

(6) Maleville n° 250, Tarrible (Rep. Merlin, v. Priv., sez 3, § 1, n. 2), Grenier (t. II, n. 300), Dalloz (loc. cit., n. 11).

(7) Troplong (n. 124).

(8) Lione, 27 marzo 1821, 14 dicembre 1825 e 1 aprile 1841.

decidere che la quistione è subordinata alle circostanze (1) e per collocare il credito del locatore dopo le spese di suggelli e d'inventario, fatte da un curatore a successione vacante, nominato a richiesta del locatore (2); e lo stesso cangiamento si è prodotto nella giurisprudenza delle Corti di Parigi e di Rouen (3). A parer nostro, la seconda delle tre opinioni indicate devesi adottare, almeno in tesi generale. Noi la fondiamo in pria sulla autorità dell'antica giurisprudenza. I partigiani del primo sistema invocano altresì quest'autorità del dritto antico, ed in ciò cadono in un evidente abbaglio. Ben è vero che al Castelletto di Parigi, secondo un atto di notorietà del 4 agosto 1692, il credito del proprietario locatore era collocato pria delle spese di suggelli ed inventario; e ciò spiega forse come il Pigeau, tutto che imbevuto delle idee e delle pratiche del Castelletto, sia il primo che abbia emesso siffatta dottrina sotto l'impero della nostra attuale legislazione. Ma la pratica del Castelletto a tal riguardo, motivata in parte sulla considerazione che a Parigi tutti i proprietarii hanno dei portieri incaricati di vegliare sul loro pegno, era formalmente condannata dalla giurisprudenza del Parlamento di Parigi, giusta la quale le spese di suggelli e d'inventario primeggiavano le pigioni dovute al locatore (4); era le stesso in Normandia (5) e da ultimo il Bourjon che cita diversi arresti resi in questo senso, aggiunge esser questo il dritto comune (6). Tale debb'essere anche oggidì la regola. Ben sappiamo che il proprietario locatore ha un pegno, e che può assicurarsi il rimborso pel suo credito mercè una procedura speciale, il sequestro dei mobili del conduttore (articolo 819, Cod. proc.), o quello a revindica (art. 826, Cod. proc.). S'insiste su di ciò dicendosi che in questa situazione le spese di suggelli e d'inventario sono senza utilità del proprietario, e che per conseguenza il suo credito deve primeggiare quello delle spese d'inventario e di suggelli. Ma si badi che il pegno del proprietario è imperfetto, almeno nella forma, poichè i mobili che costituiscono questo pegno sono in possesso del debitore. Di qui la necessità pel proprietario di atti conservatorii, ai quali il detentore del pegno propriamente detto non ha mestieri ricorrere. Di qui ancora la procedura speciale del sequestro del pegno o della revindica cui la legge accorda come mezzo di conservazione al proprietario. Ma ciò non vuol dire che il proprietario debba o anche possa sempre ricorrere a questa forma particolare di procedura; è certo al contrario che il più delle volte nol può evidentemente se i mobili dell'inquilino fossero sequestrati da un creditore diverso dal proprietario locatore, costui non potrebbe arrestare con tal sequestro e sospenderlo per intraprendere a sua richiesta un sequestro di pegno (Cod. proc. art. 611); la stessa impossibilità dovrà dunque colpirlo, se l'apposizione dei suggelli e l'inventario han preceduto dal canto suo qualunque ricorso alla procedura speciale che è accordata dalla legge. E di fermo, sol come mezzo conservatorio il proprietario può sequestrare o revindicare per tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del debitore (Cod. proc. civ., art. 174), durante trenta giorni dal suo fallimento, almeno per taluni oggetti, (Codice di Comm., art. 450): durante questi termini gli sono interdetti tutti i mezzi di esecuzione. Or nella più parte dei casi i suggelli e l'inventario conserveranno i suoi dritti in modo sufficiente; ed occorrerebbero delle circostanze ben eccezionali che non produrranno giammai, per dir così, che il proprietario possa essere ammesso a sequestrare o a revindicare. Che cosa conchiudere da ciò? Che nei casi ordinarii i suggelli e l'inventario vantaggeranno lo stesso proprietario e quindi in tal caso non vi sarebbe alcuna ragione perchè il credito delle spese non fosse collocato pria di quello delle pigioni. — Ciò non vuol dire che l'ordine inverso non debbesi giammai seguire. Certamente, se gli atti conservatorii del proprietario si son prodotti pria dell'apposizione dei suggelli e dell'inventario, il suo credito primeggia quello delle spese che avranno occasionato l'inventario e l'apposizione dei suggelli; chè in tal caso evidentemente queste spese saranno state senza alcuna utilità per lui, ma questa è la sola ipotesi in cui il proprietario possa essere preferito. Tranne ciò, la morte o il fallimento del debitore crea una situazione comune a tutti i creditori; nello interesse di essi tutti son prescritti i suggelli e l'inventario dalla legge; costituiscono una procedura speciale, da cui lo stesso locatore, come abbiamo indicato, non può essere liberato. E siccome quest'ultima situazione è quella che d'ordinario producesi, diremo che in generale le spese d'inventario e di suggello debbono essere collocate pria delle pigioni, e che per eccezione soltanto, le pigioni possono primeggiare queste spese. Con siffatta modifica-

(1) Lione, 17 marzo 1846 (Dalloz, 46, 4, 292).
(2) Lione, 16 gennaio 1851 (J. P. 1852 t. II, p. 664).
(3) Ved. Parigi, 27 nov. 1814, 27 marzo 1844; Rouen, 30 genn. 1851, 31 gennaio 1852. — Ved. pure Limoges, 15 giug. 1813.
(4) Ved. Denizart, (v. Pigioni, n. 15 e 16.)
(5) Ved. Basnage, (*Ipot.* cap 9, p. 18).
(6) Bourjon (tit. 8 *Delle Esecuzioni*, cap. 2, di t. 2, n. 50 e 51, cap. 4, sez. 3, n. 15, — Duplessis (l. II, p. 649); Montfiuel (p. 258).

zione adottiamo l' opinione emessa dal Troplong.

Aggiungiamo del resto che tutto quel che qui diciamo del locatore dovrà applicarsi per identità di ragione all'albergatore.

IV — 180. L'ultimo caso di classifica di cui dobbiam parlare è quello del concorso dei privilegi speciali tra loro. A tal riguardo la legge ha fatto alla stessa, ma eccezionalmente come abbiam già fatto notare (ved. n.111), talune particolari classifiche.

In pria essa ha fissato in modo abbastanza preciso l'ordine dei privilegi stabiliti dalla legge sul commercio ; sotto tal rapporto nulla abbiamo ad aggiungere alle osservazioni presentate nel comentario dell' art. 2120 (ved. supra, n. 95 c segg.)

In secondo luogo i privilegi del Tesoro pubblico ricevono il loro rango di ordine dalle leggi stesse che li han creati e di cui abbiam dato il comentario ad occasione dell'art. 2098. (Ved. n. 30 c segg.) Qui neppure abbiamo altro aggiungere alle nostre precedenti osservazioni. Rammenteremo soltanto che i due privilegi stabiliti dallo leggi del 5 settembre 1807, uno per la garenzia della gestione dei contabili, l'altro per le spese di giustizia criminale, tutto che affettino tra l'altro la garenzia dei mobili, del debitore, e non vengano non pertanto che in seguito dei privilegi speciali su taluni mobili avendo le succitate leggi espressamente accordato loro rango, non solo dopo i privilegi dell'art. 2101, ma anche dopo quelli dell'art. 2102 Cod. Nap.

Similmente non vi è possibile difficoltà, relativamente ai privilegi sulle canzioni dei titolari di officii, essendo stato nettamente regolato il concorso della legge trai due soli privilegi, di cui le canzioni possono essere gravate. (supra n. 174).

Da ultimo l'art. 2102, il quale contiene l'enumerazione dei privilegi speciali stabiliti dal Cod. Nap., prevede a sua volta tre distinte ipotesi, in cui fa la classifica dei privilegi che pone in conflitto. Queste tre ipotesi sono: 1. il conflitto tra il locatore di un immobile del creditore per prezzo di vendita o di riparazione di utensili; 2. il conflitto tra il locatore di un immobile ed il venditore di sementi o coloro che han lavorato alla raccolta, e 3. il conflitto tra il locatore di un immobile ed il venditore di mobili che guarniscono la casa o il podere locato. Noi ci siamo spiegati sulle prime due ipotesi nel comentario dell'art. 2102 (ved. n. 132 c segg.), e vi rimandiamo il lettore. In quanto all'ultima ipotesi che abbiamo riserbata (ved. n. 144) farem notare col testo di questo stesso artic. 2102 che « il privilegio del venditore di effetti mobiliari non si esercita che dopo quello del proprietario della casa o del podere, a meno che non sia provato che il proprietario aveva conoscenza che i mobili o altri oggetti che guarnivano la sua casa o il suo podere non appartenevano al locatore ». Si è questa una conseguenza dei principii che governano il possesso di buona fede relativamente ai mobili. La legge suppone che il proprietario dell'immobile abbia ricevuto i mobili del suo inquilino nella credenza che erano liberi da ogni peso, da ogni affezione, ed in tale supposizione accorda la preferenza a siffatto proprietario del venditore dei mobili di cui il locatario non avesse pagato il prezzo. Spetta al venditore di prendere le sue cautele, il che era molto più agevole di fare a lui, che al proprietario di assicurarsi che i mobili, i quali al momento della introduzione in sua casa dovevano divenire il suo pegno, fossero liberi nelle mani del suo inquilino (1). Ma non pertanto se questa supposizione vien distrutta dalla pruova contraria, se è assodato avere il proprietario saputo, al momento in cui i mobili sono stati trasportati in sua casa, ch'essi erano gravati dal privilegio del venditore chè ciò vuol intendere l'articolo 2102, allora la situazione cangia; il venditore è preferito al proprietario dell'immobile; il privilegio del venditore la vince su quello del locatore: tale è la disposizione della legge. Essa è abbastanza esplicita, e non dobbiamo insistere sotto il punto di vista del privilegio che per far notare che il privilegio del locatore sarebbe primeggiato da quello del venditore, sol nel caso in cui la pruova assodata in giudizio, stabilisse che il locatore ha avuta conoscenza dei dritti del venditore *al momento stesso in cui i mobili sono stati trasportati nelle località date in fitto*. È di fermo in tal momento la convenzione si è consumata tra l' inquilino e il locatore, e se costui ha potuto credere allora che tutto il mobiliare arrecato era libero tra le mani del suo inquilino, ha acquistato in buona fede un dritto di pegno che deve sussistere definitivamente in forza delle regole generali precedentemente esposte (supra, num. 119 e 122).

181. Ma l'art. 2102 Cod. Nap. nella disposizione di cui qui occupiamo non parla che del *privilegio* del venditore. Di qui è sorta la quistione di sapere, se la buona fede del locatore, che ha per effetto di escludere questo privilegio, o almeno di farlo passar dopo quello del locatore, debba anche mettere ostacolo allo esercizio del dritto di revindica nel caso particolare in cui questo dritto è stato

(1) Ved Fenet (t. XV, p. 353 e segg.) Locré (t. XVI, p. 211 e segg.).

accordato dalla legge (*supra*, n. 155) al venditore non pagato. Nell'antica giurisprudenza in cui, come abbiamo detto, (*ved. loc. cit.* ed anche n. 157) era permesso al venditore di seguire la sua cosa *in qualunque luogo fosse trasportata*, sembra che la quistione non abbia formato difficoltà. « Se una persona, dice il Pothier, vende dei mobili al mio inquilino, senza giorno nè termine e, nella speranza di ricevere in contante il suo danaro, li lasci togliere e portar nella casa che il mio inquilino occupa, potrò io pretendere ch'essi sono a me obbligati ed impedire che non li rivendichi poco dopo, nel manco di pagamento? Penso di no; chè essendosi supposto avere il venditore venduto senza termine ed a contante e per conseguenza non aver voluto spogliarsi della cosa che in quanto fosse stato pagato, non si può dire che abbia acconsentito a che essa fosse obbligata alle mie pigioni (1) » Nel dritto attuale la stessa soluzione si è anche riprodotta, tutto che sotto l'influenza della massima in fatto di mobili il possesso vale titolo (più chiara oggidì di quel che era una volta) il dritto di revindica attribuito al venditore fosse stato subordinato alla condizione che la cosa sia in possesso del compratore. La Corte di Parigi ha giudicato in fatti che la revindica accordata dall'art. 2102 del Codice Napoleone al venditore di mobili e di oggetti mobiliari, pone ostacolo, allorquando è riconosciuta regolare e ben fondata, all'esercizio del privilegio del proprietario della casa nella quale i mobili sono stati recati per guarnirla (2), e questa stessa dottrina è ammessa da molti autori (3). Nonpertanto noi la crediamo contraria ai principii di dritto. Il locatario, trasportando le cose da lui comprate nei luoghi presi in fitto, ha trasmesso al proprietario di queste località una specie di possesso che fa mancare una delle condizioni alle quali è subordinato il dritto di revindica accordato al venditore di effetti mobiliari non pagati. E da un'altra banda questo proprietario, il quale acquista così questa specie di possesso è fondato a collocare il suo dritto sull'autorità della massima: *In fatto di mobili il possesso vale titolo*. Questa massima, l'abbiam detto più sopra (*ved.* n. 119) protegge il locatore contro i terzi che hanno anche *la proprietà* dei mobili trasportati dal locatario nelle località tolte in fitto; p.es. coloro che avessero rimesso questi mobili al locatario a titolo di pegno, di prestito, di locazione, o di deposito; a più forte ragione deve proteggerlo contro il venditore, il cui dritto è meno energico, poichè ha per oggetto non già la proprietà, avendola il venditore alienata, ma una semplice facoltà di ritenzione (*ved. supra*, n. 155). Conchiudiamo dunque essere del dritto di revendica lo stesso che del privilegio accordato al venditore di effetti mobiliari non pagati che anche nel breve termine degli otto giorni in cui è ristretto, esso non può, al pari del privilegio, esercitarsi in pregiudizio del locatore, il quale ha ricevuto questi effetti mobiliari in buona fede e nella ignoranza dei pesi o delle affezioni da cui erano gravati. (4).

182. In tutti gli altri casi in cui i privilegi speciali su taluni mobili possono trovarsi in conflitto, la legge serba assoluto silenzio; essa abbandona alla sagacia dei giudici l'applicazione della regola generale, giusta la quale tra i creditori privilegiati la preferenza si regola mercè le differenti qualità dei privilegi. Qui le peculiari circostanze possono esercitare una decisiva influenza sulla quistione di classifica. In tesi generale nonpertanto la preferenza è dovuta ai privilegi, la cui causa è in un pegno espresso e tacito, p.es. al creditore detentore del pegno, all'albergatore, al vettorale; sarebbe altrettanto dei crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai pubblici funzionarii nell'esercizio delle loro funzioni, essendo vero dire, per applicazione dell'art. 2076 Cod. Nap., che la cauzione costituisce un vero pegno depositato nelle mani di un terzo; ma abbiam detto più sopra che la classifica di questi ultimi crediti non può soffrir difficoltà (*ved.* n. 174 e 180).— Dopo i privilegi fondati sulla costituzione di un pegno espresso o tacito verranno quelli delle spese fatte per la conservazione della cosa. Ma dubbiam notare che le spese di conservazione non dovranno venire dopo il credito fondato sulla idea di pegno espresso o tacito che sol quando non saranno state utili a questo credito stesso. Così, se le spese di di conservazione han preceduto la costituzione di pegno, saran primeggiate; spettava a colui che le ha fatte di ripeterle; se ha trascurato di farlo, peggio per lui; la sua negligenza non potrebbe ricadere su colui che ha ricevuto la cosa in pegno, e che avendola ricevuta in buona fede, deve esercitare su di essa il suo dritto nella sua integrità! Ma supponiamo che le spese di conservazione siensi fatte posteriormente alla costituzione del pegno, allora è tutt'altro; le spese in tal caso sono state utili allo stesso creditore detentore del pegno, poichè han conservato il suo pegno; primeggeranno dunque il suo credito. — Da ultimo in terzo rango verrà il privilegio, la cui causa è nel dritto di proprietà, vale a dire il privilegio

(1) Ved. Pothier (*Locazione* n. 244).
(2) Parigi, 24 lug. 1817 (I. P. 1817; t. II, p. 251).
(3) Ved. Duranton (t. XIX, n. 121), I al oi (Riv. di dr. franc. t. V, p. 128). Mourlon, n. 157.
(4) Conf. Valette (n. 113, p. 152).

del venditore, sul quale ci siamo abbastanza spiegati (1).

V.—183. Può presentarsi un ultimo caso, che è comune a tutte le ipotesi di concorso, è quello in cui fra i privilegi in conflitto, se ne trovino molti, ai quali debbesi assegnare lo stesso rango. L'art. 2097 ci dice che, in tal caso, i creditori privilegiati saranno pagati in concorrenza. Ma che fa mestieri intendere per «lo stesso rango» nel senso del nostro articolo? Anticamente non eravi regola ben precisa a tal riguardo, e si vede p. es. che, secondo molti autori, il privilegio annesso alle spese di ultima malattia andava pari passo con quello delle spese funerarie (2). Oggidì ciò non potrebbesi più porre in quistione, in vista dello art. 2101, il quale assegna alle spese funerarie un rango di preferenza rispetto alle spese dell'ultima malattia. Ma si può sempre domandare in quali casi i creditori che vengono ad un contributo possansi considerare come nella stessa linea, e quindi da essere a tal titolo pagati per concorrenza; al che è uopo rispondere, in tesi generale, che la qualità del credito determinando il rango, i creditori sono allo stesso rango, quando i loro crediti sono di ugual qualità, anche quando tali crediti abbiamo avuto origine in diverse epoche, non essendo la data di alcuna considerazione nella materia dei privilegi (ved. n. 24) salvo l'eccezione relativa alla ipotesi di vendite successive (ved. supra, n. 150). Così, tutti i mercanti che han fatto forniture di sussistenze, tutti coloro che han concorso a dar cure al debitore durante la malattia che ne ha preceduto la morte o il fallimento (supra, n. 76), tutti i domestici che han continuato il loro servizio presso il debitore, ec. sono di condizione uguale nella categoria alla quale appartengono, in qualunque epoca sia nato il loro credito e debbono essere pagati in concorrenza, in tale categoria, essendo nello stesso rango. Diremo altrettanto dei diversi creditori, i quali han potuto concorrere coi loro anticipi alle spese funerarie (ved. n. 73); ed anche salvo il dritto particolare che la legge consacra in favore dell'uffiziale che ha proceduto alla vendita dei mobili (ved. n. 70) delle spese giudiziarie. Ecco perchè consideriamo come mal pronunziato un arresto della Corte di Parigi, dal quale risulta che le spese di suggelli debbono essere collocate pria di quelle di custodia, e queste pria di quelle di inventario (3). Evidentemente tutti coloro che han fatto queste spese han concorso in una uguale misura allo scopo comune, che è la conservazione della cosa, essi sono dunque in uguale condizione e debbono, secondo la disposizione formale del nostro articolo, essere pagati in concorrenza. La Corte di Cassazione si è pronunziata in tal senso (4).

SEZIONE II.

DEI PRIVILEGI SUG' IMMOBILI.

2103 [1972]. I creditori privilegiati sopra gl' immobili sono:

1°. Il venditore sull'immobile venduto, pel pagamento del prezzo.

Se vi sono più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così successivamente.

2°. Quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto di un immobile; purchè sia comprovato autenticamente coll' atto dell'imprestito che la somma era destinata a tale impiego, e colla ricevuta del venditore, che il pagamento del prezzo sia stato fatto col danaro dato a prestanza.

3°. I coeredi sugl'immobili dell'eredità pel caso di evizione de' beni tra essi divisi, e per le compensazioni e pareggiamento delle porzioni ereditarie.

4°. Gli architetti, gli appaltatori, i muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione, o riparazione di edifizi, canali, o qualunque altra opera, purchè però per mezzo di un perito nominato *ex officio* dal tribunale di prima istanza, nella cui giurisdizione sono situati gli edifizi, sia presuntivamente steso processo verbale, ad oggetto di comprovare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori che il padrone dichiarerà di voler fare, e che le opere sieno state, entro sei mesi al più dal loro compimento, verificate da un perito ugualmente nominato *ex officio*.

La somma per altro del credito privilegiato non può eccedere il valore verificato col secondo processo verbale, e si riduce a quel di più che è valuto lo stabile nel tempo dell' alienazione per effetto dei lavori fatti nel medesimo.

(1) Ved. sulla classifica, Zachariae (t. II, p. 121 e segg.), Valette (n° 116), Troplong (n° 40 e segg.

(2) Ved. Charondas (art. 162 *Cons. di Parigi* libro 7, *Rep.*, 86). Loyseau (Offici. lib. 3, cap. 8, n° 30).— Ved. pure Pothier (Int. alla Cons. d' Orleans, tit. 20, § 9, n° 118, e Proc. civ., part. 4, cap. 2, § 2).

(3) Ved. Parigi, 27 marzo 1824.

(4) Rig., 8 dic. 1825 — Ved. ancora Troplong (n° 89 *bis*), Mourlon (n° 39).

5°. Quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operai godono dello stesso privilegio; purchè un tale impiego sia comprovato autenticamente coll' atto dell' imprestito e colla ricevuta degli operai, siccome si è detto dinanzi per coloro che hanno prestato danaro per l' acquisto di uno stabile. (a).

SOMMARIO

I. Passaggio ai privilegi sugl' immobili. — Il nostro articolo è relativo ai privilegi speciali su taluni immobili. Esso ne stabilisce cinque, di cui tre soltanto sono principali, cioè: il privilegio del venditore di immobili, quello dei coeredi e quello degli architetti, imprenditori, fabbricatori o altri operai. — Gli altri due privilegi stabiliti in favor di coloro che àn fornito i danari per pagare, vuoi il venditore, vuoi gli operai e fornitori sono sussidiarii, nel senso che sono piuttosto trasmessi da un creditore ad un altro, che creati in favore di distinti creditori.

II. *Privilegio del venditore d'immobili.* — Di coloro che àn dritto al privilegio: del venditore: del donante: dell'acquirente con patto di ricompra. — Delle somme privilegiate: del prezzo: degl'interessi del prezzo: dei danni-interessi per inesecuzione: delle spese di contratto e di trascrizione. — Della cosa gravata. — Dell'azione risolutoria: importante modifica risultante a tal riguardo dalla nuova legge sulla trascrizione: rinvio.

III. *Dei coeredi e condividenti.* — Origine del privilegio, suo obbietto e sua causa. — Quali persone godono del privilegio: il nostro articolo sotto tal rapporto debb'essere completato coll'art. 2109, ed in conseguenza il privilegio appartiene, non solo ai coeredi di che parla il nostro articolo, ma ancora a chiunque trovasi in comunione che ha proceduto ad una divisione. — Dei beni che il privilegio affetta o dei crediti che garentisce; pareggiamenti di quote, ritorni per causa di evizione; prezzo di licitazione: restituzione di godimento. *Quid* degli interessi dai pareggiamenti o ritorni di quote?

IV. *Degli architetti, appaltatori, fabbricatori ed altri operai.* — A quali operai ed a quale specie di lavori si applica tal privilegio. Esso non ricade che sulla plus-valenza; l'eccedente non gode del privilegio. Sviluppi: imputazione degli acconti pagati nel corso dei lavori. — Condizioni alle quali è subordinato il privilegio: duplice rapporto dei periti prima e dopo i lavori.

V. *Dei prestatori di danaro, vuoi per l'acquisto di un immobile, vuoi pel pagamento degli operai.* — Questo privilegio si confonde con due di quelli che precedono per effetto della surrogazione sulla quale è fondato. — Condizioni alle quali è subordinato il privilegio: sviluppi.

VI. Classifica dei privilegi speciali sugl'immobili. — Applicazione a questo caso dalla regola fermata nell' art. 2096 Cod. Nap.; sviluppi — Concorso tra più venditori o più mutuatarii successivi, nel caso in cui il privilegio è stato conservato. — *Quid* nel caso in cui il privilegio non è stato conservato? Rinvio.

I. — 184. L'art. 2101 ci ha fatto conoscere i privilegi stabiliti dal Codice Napoleone sulla generalità dei mobili; l'art. 2102 ci ha detto in seguito quali sono, anche giusta il Codice Napoleone, i crediti privilegiati specialmente su taluni mobili: ecco ora che con l'art. 2103 diamo principio ad un'altra categoria di privilegi, quella dei privilegi che affettano specialmente taluni immobili. Il nostro articolo li enumera in cinque numeri che abbracciano, 1. il privilegio del venditore, 2. quello dei prestatori di capitali per l'acquisto di un immobile; 3. quello dei coeredi; 4. quello degli architetti, appaltatori, fabbricatori ed altri operai, e 5. quello dei prestatori di capitali per pagare o rimborsare gli operai. Ma in realtà questi cinque privilegi si riducono a tre, che sono, nell' ordine della enumerazione fatta dal nostro articolo, il primo, il terzo e il quarto. In quanto agli altri due che sono relativi ai prestatori di danari, essi non costituiscono due distinti privilegi, ma si confondono in qualche modo col primo e col quarto, in quanto che in vece di essere esercitati dal creditore primitivo, sono esercitati dal suo avente causa. Anzi a dir vero, la disposizione del nostro articolo è superflua, in quanto che concerne questi due privilegi, poichè essa si limita a riprodurre i principii della surrogazione convenzionale già consacrati dal n. 2 dell'art. 1250, Codice Napoleone.

Checchè ne sia, ci occuperemo successivamente, in pria dei tre privilegi principali che affettano specialmente taluni immobili, e poscia degli altri due privilegi che riuniremo nel nostro comentario, come la legge avrebbe potuto riunirli in una sola disposizione, essendo il modo di surrogazione lo stesso per entrambi.

Del resto faremo notare, che non fa mestieri ravvisare una classifica per rango di preferenza tanto nell'ordine tenuto dalla legge, quanto in quello che noi seguiremo. Questa classifica, nel caso di concorso di privilegi speciali tra loro, non è stata indicata nel nostro articolo che per un caso particolare, quello delle vendite successive, ed anche l'ordine indicato potrà essere ora modificato dall'effetto della legge novella sulla *Trascrizione*. In quanto agli altri casi, essi debbono essere regolati secondo il principio generale fermato nell'art. 2096. Ma è un punto sul quale ritorneremo, per seguire le applicazioni della regola, quando avrem detto a quali persone appartengono i privilegi, di cui dobbiamo qui parlare, in che consistono ed a quali condizioni sono accordati.

II. — 185. *Privilegi del venditore.* — La legge doveva proteggere la trasmissione della

(a) Tra l' art. 2103 C. fr. e il corrispondente 1972 LL. CC. unico divario è questo che ne' num. 2 e 5 sono aggiunte le parole: *o coll'atto stesso del pagamento*: ma è più che altro una dilucidazione, stantechè la *quietanza*, a cui accenna l'articolo francese, equivale appunto all'atto del pagamento. L. L. G.

proprietà immobiliare per gli stessi motivi ed allo stesso titolo che essa protegge la trasmissione della proprietà mobiliare (ved. supra n. 141); in conseguenza il nostro articolo colloca nel numero dei creditori privilegiati sugl'immobili «il venditore sull'immobile venduto pel pagamento del prezzo». Su di che dobbiam vedere quali sono precisamente i creditori a cui appartiene il privilegio, quale è la estensione del credito privilegiato e su di che esso ricade.

186. Sul primo punto la legge presa alla lettera sembra non comportare difficoltà. Io son proprietario di un immobile e ve lo vendo mercè un prezzo che voi vi obbligate a pagarmi. L'immobile passa nelle vostre mani gravato da un privilegio che vi si rannoda per assicurare il pagamento del mio prezzo. Si noti del resto che poco importerà che l'atto constatante la convenzione che vi ha reso proprietario, sia stato tra noi stipulato sotto privata scrittura. I creditori dell'acquirente avrebbero solo interesse a censurare la forma dell'atto, chè essi soli vengono a soffrire dal privilegio del venditore. Ma poichè l'atto è il titolo che fa passare l'immobile nel patrimonio del loro debitore, e che quindi debbono ammettere questo atto nel loro interesse, come constatante la trasmissione della proprietà, come potrebbero sconoscerne l'effetto giuridico sotto il punto di vista della garenzia del venditore (1)? Per altro la legge che rannoda il favore del privilegio alla trasmissione della proprietà, non fa distinzione. Dunque, vuol che la vendita da me consentita sia stata fatta in forma autentica, vuoi che risulti da un atto sotto privata scrittura tra noi stipulato, io son bene il venditore di che parla il nostro articolo? noi ci troviamo nella specie stessa che suppone la lettera della legge. Ma lo spirito di essa va più oltre. Ciò che la legge protegge essenzialmente, ciò che essa pone sotto la salvoguardia del privilegio, si è la trasmissione della proprietà; ciò che essa vuole assicurare si è la esecuzione in tutte le sue parti, in tutte le sue conseguenze, del contratto col quale il proprietario abbandona la sua cosa e la consegna sotto la condizione di ricevere in ricambio le somme e i valori che sono il prezzo in vista del quale ei si è spogliato. Adunque il favore del privilegio si rannoderà alle convenzioni della specie, dacchè la trasmissione avrà il carattere e gli effetti della vendita, tutto che l'atto il quale la constati non ne porti la qualifica.

187. Di qui talune quistioni. Per es. io vi trasferisco la casa che possiedo a Parigi sotto la condizione che del vostro canto voi mi trasmettiate il podere che avete in Normandia. Ciò è una permuta e non già una vendita; ed in tesi generale si può dire che non ne risulti un privilegio. Evvi un motivo decisivo indicato dalla ragione stessa delle cose. La permuta nel caso che qui supponiamo, crea trai permutanti una situazione analoga a quella che si stabilisce nella vendita, tra il venditore ed il compratore, allorchè il primo riceve al punto stesso il prezzo dell'immobile che ei vende al secondo. Tutto è conchiuso in tal caso, più non vi è nè creditore, nè debitore; il privilegio non ha ragione di essere. Or lo stesso è del supposto caso di permuta; gli è aperto che se in ricambio della casa che io avea a Parigi e che vi ho trasmessa, ricevo da voi il podere che voi possedete in Normandia, nè voi nè io abbiam più nulla a pretendere, qualunque privilegio sarebbe senza causa; chè la convenzione tra noi formata è perfetta e consumata (2). La convenzione è sì ben consumata, sotto il punto di vista della liberazione rispettiva delle parti che, anche supponendo che uno di noi due venga ad esser evinto della cosa da lui ricevuta in permuta, l'evizione non farebbe che il permutante evinto potesse reclamare, con azione privilegiata sullo immobile da lui dato in permuta, i danni ed interessi ai quali avrebbe dritto a causa dello spossessamento (3); chè vi è allora un acquirente spossessato il quale, tranne convenzioni particolari non ha, per la garenzia che gli riserva il suo titolo, se non un regresso ad esercitare nei termini del dritto comune; Cod. Nap. articolo 1705. Per una conseguenza esattissima di questi principii, la Corte di Cassazione ha giudicato, cassando un arresto contrario della Corte di Poitiers, che il permutante il quale ha soddisfatti i creditori iscritti sugl'immobili da lui ricevuti in controcambio non ha privilegio per quanto ha pagato, sugl'immobili da lui ceduti al suo compermutante, anche quando si fosse data un'affezione ipotecaria su questi ultimi beni, e si fosse convenuto che in caso di vendita il compermutante non ne potrebbe riscuotere il prezzo pria di aver pagato i beni abbandonati in permuta (4). E di fermo essendo ammesso, che l'immobile dato in permuta non debbe essere assimilato ad un prezzo di vendita o che per tal modo la evizione non può creare il privilegio del venditore, la conseguenza era nella specie, che anche consi-

(1) Ved. Tarrible (Rep. v. Privilegio, sez. 4, § 1), Favard (v. Privilegio, sez. 1, § 3, n° 2), Dalloz (v. Ipot e Priv., Cap. 1, sez. 1, art. 3, n° 5), Zachariae (t. II, p. 117, note 1), Duranton (t. XIX, n° 159).

(2) Ved. Torino 10 luglio 1813.—V. pure Troplong (n° 200 bis).—V. nonpertanto Dalloz (loc cit., n° 9).

(3) Parigi 20 genn. 1834—Ved. pure Cass., 26 feb. 1806.—Ved. nonpertanto Mourlon (n° 117).

(4) Cass., 26 luglio 1852 (Dev., 52, 1, 695; Dalloz, 52, 1, 196).

derando come una specie di evizione i pagamenti fatti dal permutante ai creditori iscritti sullo immobile da lui ricevuto in contraccambio, niun privilegio poteva risultarne in favore del permutante evinto, il quale non aveva altro diritto a pretendere, come giustamente decise la Corte suprema, tranne quello di essere collocato, nei rimborsi da lui operati, alla data della sua inscrizione per applicazione dello art. 2134.

Ma in tutto ciò supponiamo una permuta fatta a pari condizioni. La soluzione potrebbe essere differente se i beni permutati, essendo di valore ineguale, l'uguaglianza fosse ristabilita mercè un convenuto pareggiamento. Per es. la mia casa di Parigi vale 100,000 franchi mentre il vostro podere in Normandia non ne vale che 80 mila, e noi conveniamo che la differenza sarà pareggiata con 20 mila franchi che voi mi pagherete in contante. Allora, delle due l'una: o voi mi sborsate i 20 mila franchi nel tempo stesso che mi abbandonate il vostro podere, o voi vi costituite debitore di questa somma che vi obbligate a pagarmi in una epoca determinata. Nel primo caso tutto è conchiuso, consumato ed eseguito tra noi, come se la permuta si fosse fatta in pari condizioni, immobile per immobile; non v'è nè debito nè credito, e quindi niuna causa di privilegio, per gli stessi motivi testè indicati. Ma nel secondo caso è tutt'altrimenti; voi restate mio debitore della somma di 20000 fr.:sì è questo in parte e fino a concorrenza, il prezzo della trasmissione che io ho consentito a farvi; la causa del privilegio si mostra ad evidenza, chè non ostante la qualifica dell'atto, noi qui siamo nello spirito della legge, il cui favore si rannoda alla trasmissione. Tale è la opinione di tutti gli autori (1). Il Mourlon, il quale secondo l'occorrenza l'adotta ugualmente, vi arreca nonpertanto la riserva che tutto qui deve regolarsi secondo l' importanza del pareggiamento,nel senso che se esso è di molto inferiore al valore dell'immobile alienato dal permutante che lo deve, il contratto rimane permuta pel tutto, di tal che il creditore del pareggiamento non ha privilegio; che nella ipotesi inversa la convenzione costituisce una vendita pel tutto e quindi dà luogo al privilegio, e che da ultimo se il pareggiamento è uguale o a un di presso al valore di quello dei due immobili che vale meno, la convenzione implica due contratti principali distinti: una vendita ed una permuta, di cui ciascuno rimane soggetto alle regole a sè proprie (2). Ma queste distinzioni son fuori luogo. Il Mourlon ci rimprovererà senza dubbio di inconseguenza, come ha già fatto al Troplong, respingendole qui, mentre le abbiamo ammesse spiegando l'art. 1307 Cod. Nap. nel *Trattato del contratto di matrimonio*, pubblicato insieme ol Rodière (3). Sia pure! Soltanto sarebbe mestieri dimostrare esservi una necessaria relazione tra la quistione di proprietà che impegna l'applicazione dell'art. 1407, Codice Nap. e la quistione di privilegio di cui qui trattasi. In quanto a noi ci sfoggo del tutto la relazione che il Mourlon suppone senza dubbio, come che non la stabilisco. Allorchè l' art. 1407 ci dice, che l' immobile acquistato durante il matrimonio a titolo di permuta contro l' immobile appartenente ad uno dei due conjugi, non entra mica in comunione ed è surrogato in luogo e vece di quello che è stato alienato, salvo ricompensa, se vi è pareggiamento, comprendiamo a meraviglia che l' applicazione del principio sia regolata, avuto riguardo alla quantità del pareggiamento nei termini rammentati dal Mourlon, perchè è uopo mantenere il più possibile nella sua effettiva consistenza ciascuno dei tre patrimonii che il regime della comunione pone in potere del marito. Ma non comprendiamo più ciò, allorquando trattasi unicamente di sapere, se il pareggiamento dovuto a quello dei permutanti, il cui immobile è più importante sarà o pur no garentito dal privilegio. Quello che qui è principalmente in giuoco si è l'interesse del proprietario, il quale ricevendo in permuta un bene di un valore inferiore a quello dell'immobile che dà, non ha consentito ad abbandonare questo immobile che sotto la condizione di ricevere in contante la differenza. È la condizione evidente, necessaria del contratto; e ciò soltanto è decisivo, quale che sia la quantità del pareggiamento e la sua importanza, avuto riguardo al valore del bene trasmesso dal permutante che lo deve, poichè, ripetiamolo, la trasmissione della proprietà sotto tale condizione di ricevere in ricambio il valore che la rappresenta è quella che nello spirito della legge si rannoda al favore del privilegio.

188. A primo aspetto, questa stessa condizione sembra determinante anche in un'altra ipotesi. P. es., io mi spoglio in vostro favore della mia casa di Parigi che vale 100 mila fr.; mo pongo una condizione, un peso alla mia liberalità, io voglio che voi paghia-

(1) Ved. Delvincourt (t. III, p. 280, nota). Grenier (t. II. n. 387), Persil (art. 2103, § 1. n° 11), Zachariae (t. II, p. 118). Duranton (t. XIX. n° 155), Taulier (t. VII, p. 178). Troplong (n° 215).

(2) Ved. Mourlon (n. 148 e seg.).

(3) Ved. il nostro Trattato del contratto di matrimonio (t. I, n° 500).

te a mio fratello i 50 mila fr. che gli debbo. Lo osservazioni che precedono condurrebbero a credere che questa casa che io vi do, mi rimane affetta con privilegio per assicurare la esecuzione del peso imposto. Nonpertanto la dottrina e la giurisprudenza son qui assolutamente contrarie (1). La quistione non sarebbe *neppur proponibile* giusta il Troplong, « tanto è chiaro, soggiunge l'eminente giureconsulto che *non v'è alcuna assimilazione a fare tra il venditore e il donante*. Quest'ultimo, egli continua, ha un'azione in risoluzione che l'articolo 954 gli assicura pel caso d'inesecuzione delle clausole della donazione e che gli accorda un dritto *de suite* contro i terzi. Egli deve attenersi ad un tal dritto che al certo è tanto vantaggioso, quanto un privilegio sul prezzo». Per quanto possa essere generale questa opinione, che ci sia nonpertanto permesso di contestarne la esattezza e la verità. Confessiamolo anzi tutto: non senza sorpresa abbiam veduto riprodotto dovunque e da tutti l'unico argomento sul quale si fonda questa dottrina, ed in niun luogo indicata la risposta che si presenta sì naturalmente alla mente contro siffatto argomento. La legge, dicesi, ha concesso al donante ciò che gli si doveva; mercè gli art. 953 e 954 gli accorda l'azione in risoluzione pel caso in cui il donatario non eseguisce gli oneri della donazione. Ma che vuol dire ciò? Forse che il venditore non trova eziandio questa stessa risorsa dell'azione in risoluzione nell'art. 1654 Cod. Nap.? Il venditore non ne ha meno un privilegio indipendentemente da tale azione. Perchè mai sarebbe altrimenti del donante? E dal perchè la legge ha detto a costui: « voi avrete l'azione risolutoria » è logico dedurne che sol perciò essa ha elevato contro di lui una specie di fine di non ricevere al punto di vista del privilegio? Ben ci si dice che il primo numero del nostro articolo non parla che del venditore, e che non v'è alcuna assimilazione a fare tra il venditore e il donante. Siamo d'accordo, qualora voi supponghiate un donante che si è spogliato mercè una liberalità pura e semplice, priva di qualunque onere o condizione. Allora non vi è alcun prezzo nell'atto, non potrebbe dunque risultarne un privilegio, ed in tal caso è verissimo il dire non esservi possibile assimilazione tra il venditore e il donante. Ma se voi supponete un donante che, nello spogliarsi, ha imposto al donatario l'obbligo di pegno, vuoi a sè stesso, vuoi ad un terzo, come determinata somma, allora è tutt'altro: più non abbiamo l'atto gratuito di beneficenza definito dagli art. 893 e 894 Codice Nap., e di cui appunto perciò il n. 1° del nostro articolo non doveva parlare; abbiamo invece un atto a titolo oneroso, nel quale evvi un prezzo, un valore, una cosa promessa in ricambio dell'immobile, di cui il primo proprietario si è spogliato. Questo atto è forse una donazione? Ne ha ricevuta la qualifica senza dubbio. Ma che importa la qualifica? È uopo vedere la realtà. Or delle due l'una, o l'onere imposto al preteso donatario è per la sua importanza l'equivalente, o a un di presso, dell'immobile trasmesso; o l'onere, valutabile pecuniariamente, è di un valore inferiore a quello dell'immobile. Nel primo caso l'atto non ha che il nome di donazione, e sotto tal rapporto noi consideriamo come insignificante, tanto essa è necessaria, la concessione fatta dagli autori, i quali ben vogliono ammettere il privilegio in tal caso (2), perchè la donazione essendo nella verità delle cose una vendita mascherata e non essendo null'altro che ciò, è vero dire che la convenzione trovasi pel tutto negli stessi termini del nostro articolo. Nel secondo caso evvi donazione senza dubbio; ma l'elemento della vendita vi entra per parte, e vi si trova compreso. (Ved. supra il Comentario del Marcadè sull'art. 954). Così nella nostra ipotesi di poc'anzi, i 50 mila fr. di cui io vi ho imposto l'obbligo di fare il pagamento a mio fratello, non rappresentano completamente la mia casa che ne vale 100 mila, voi siete donatario della differenza, ma per la porzione rappresentata dai 50mila fr. che voi dovete pagare a mio fratello, voi siete realmente acquirente, e sì bene acquirente che, giusta lo stesso Troplong, la cui dottrina poco si accorda con la soluzione di sopra indicata, se avvenisse che voi foste evinto, potreste dopo aver soddisfatto il peso, agir contro di me donante, giusta le regole della vendita per la porzione dell'immobile, di cui quest'onero è la rappresentazione (3). Che cosa conchiudere da ciò? Che in questo secondo caso, evvi un misto di vendita e donazione, e per una conseguenza ulteriore, che questo caso altresì rientra, ma in parte soltanto, negli stessi termini dell'art. 2103 o nelle condizioni costitutive del privilegio.

Arrogi che tale soluzione è ammessa nella pratica, e sonovi, a quanto si assicura, delle istruzioni che obbligano il conservatore, allorquando gli si presentano alla trascrizione

(1) Ved. Douai, 18 novembre 1846; Orleans, 26 maggio 1818: — Ved. pure Grenier, t. II, p. 391; Persil, art. 2103, n° 10; Dalloz. *loc. cit.*, n° 11; Duranton, t. XIX, n° 156; Troplong, t. I. n° 216; Mourlon, n° 152; — Ved. altresì Baudot, (*Form.* p. t. I, n° 715) in cui cita una decisione amministrativa del 27 marzo 1839, la quale infierebbe, che i conservatori non sono obbligati d'inscrivere di uffizio, a pro del donante, i pesi imposti al donatario. Ma, come abbiam detto nel testo, vi sono istruzioni in senso contrario.

(2) Ved. Mourlon, n° 153.

(3) Si veggano e si paragonino nel Comm. sulla vendita del Troplong, i numeri 7, 8 e 9.

dei contratti di donazione che impongono oneri al donatario, a farne l'iscrizione di officio, come fa riguardo al venditore non pagato. In oltre troviamo le tracce di questa soluzione in un arresto della Corte di Parigi (1), dal quale risulta che la rinunzia per parte di un donante *ai privilegi stipulati per la garenzia della soddisfazione degli oneri imposti al donatario* nella donazione, costituisce una novella donazione, il che ben suppone che il privilegio può, senza che ciò sia contrario ai testi, rannodarsi alla donazione con pesi, poichè la sola stipulazione non basterebbe a crearlo, laddove esso non risultasse dalla legge. (Ved. supra n. 24). Da ultimo in tutti i progetti di riforma ipotecaria preparati in Francia, vuoi nel 1840, vuoi nel 1849 e negli anni seguenti, si è proposto d'inscrivere nel nostro articolo il privilegio del donante, non già come una innovazione legislativa, ma come un mezzo di rendere ormai inoppugnabile una conseguenza ben logica dei principii, conseguenza cui la dottrina e la giurisprudenza avevano sino allora mal a proposito contestata (2). Autorità considerevoli, e forse appoggiate come sono ad una autorità superiore, quella della ragione, non saranno senza influenza se la quistione viene a riprodursi innanzi ai tribunali.

189. Un'ultima ipotesi si è dagli autori preveduta su questo punto, cioè quella di sapere quali persone sono privilegiate per prezzo di vendita. Si è supposta la stipulazione della facoltà di ricompra, e si è domandato se lo acquirente, il quale, nell'esercizio di tale facoltà, restituisse lo immobile che aveva in pria comprato, senza esigere dal venditore primitivo il prezzo delle ricompra, sia privilegiato sull'immobile pel pagamento di questo prezzo. Così ecco l'ipotesi: Paolo vende a Pietro il suo podere in Normandia per 50 mila fr. riservandosi di riprendere questo podere fra tre anni, mercè la restituzione del prezzo principale e il rimborso delle spese e sborsi legali della vendita, del pari che delle spese necessarie o utili, ai termini dell'art. 1673, Cod. Nap. Allo spirar del termine Paolo dichiara che vuole far uso del suo dritto; ma Pietro poco curando il suo, non si prevale di questo stesso art. 1673, che gli permette di esigere che Paolo sodisfaccia a tutte le sue obbligazioni pria di rimettersi in possesso ed abbandona l'immobile senza essere rimborsato delle somme che ha spese tanto in principale, quanto in accessorii. Pietro ha forse in tal caso il privilegio stabilito dalla legge in favore del venditore? No, rispondono unanimemente gli autori e la giurisprudenza (3). E di fermo nei termini in cui è piantata la quistione, la soluzione non può non essere negativa. Qui non trattasi di una novella vendita, l'art. 1659 Cod. Nap. lo dimostra ad evidenza, allorquando nel definir la facoltà di riscatto o di ricompra ci dice essere « un patto col quale il venditore si riserba di *riprendere* la cosa venduta, mercè la *restituzione* del prezzo principale e il rimborso di che si è parlato all'art. 1673 ». Evidentemente le espressioni stesse della legge escludono qui qualunque idea di novella vendita, nella quale le parti trovansi intervertite rispetto alla prima convenzione; questa volta il venditore primitivo diverrebbe acquirente e reciprocamente; le parti trovansi di bel nuovo a fronte per *riprendere* ciascuna la sua cosa; l'una, il fondo che aveva consegnato, l'altra, le somme che ha dovuto sborsare ad occasione di questo bene, e nulla men di ciò si accorda con la idea di una vendita, il cui effetto al contrario è di operare un mutamento nella proprietà. Che cosa dunque è l'esercizio del patto di ricompra? Agli occhi di tutti gli autori è una risoluzione e non già una vendita novella. *Distractus potius quam novus contractus* (4). Ma le leggi fiscali han forse fatto uno valutazione più esatta della convenzione, allorchè l'hanno sottoposta ad un dritto proporzionale di quietanza e di liberazione (L. 22 frimaio, anno 7, art. 69, § 2, numero 11). In fatti allorchè colui che aveva dappria venduto, viene a rimborsare la somma da lui ricevuta, esercitando la ricompra che erasi riservata, sembra che l'atto primitivo, il quale in origine era una vendita, che ben ne aveva la natura e gli effetti, prenda sino ad un certo punto il carattere di un prestito, alla sicurezza del quale fosse stato obbligato un immobile. Sotto questo punto di vista l'art. 1673, di cui testè parlammo non sarebbe, nella disposizione in cui accorda all'acquirente primitivo il dritto di ritenere l'immobile sino al totale rimborso, che la riproduzione o la conferma della regola che, in materia di anticresi, non permette al debitore

(1) Questo arresto è del 27 dicembre 1851, ed è riportato nella raccolta con quello del 27 dicembre 1853, con cui la Corte Suprema ne ha pronunziato la Cassazione, ma su di un altro punto.

(2) Ved. i Documenti pubblicati nel 1844, t. III, p. 72 a 89 — Ved. pure gli articoli 2102, 2105 e 2179 dei progetti preparati all'Assemblea nazionale nel 1851 per la terza deliberazione.

(3) Ved. arresto della Corte di cass. del 26 aprile 1827 — Ved. pure Tarrible (Rep. v° Priv., sez. 4, § 5, n° 5), Grenier (t. II, n. 390), Delvincourt (t. III, p. 282), Persil (art. 2103, § 1, n° 13), Dalloz (loc. cit., n. 10), Duranton (t. XIX, n° 137), Zachariae (t. II., p. 118, note 7), Taulier (t. VII, p. 178), Troplong (n° 214), Duvergier (della vendita, t. II, n. 52).

(4) Ved. Comm. del Marcadè sull'art. 1659, n° 2 (t. VI, p. 301) e gli autori citati alla nota precedente.

di reclamare il godimento dell'immobile che ha rimesso in anticresi, pria della totale soddisfazione del debito. (art. 2087). Checchè ne sia, risoluzione o liberazione, la ripresa della cosa mercè l'esercizio della facoltà di ricompra riserbata nel primitivo contratto, non costituisce una nuova vendita, allorchè essa ha luogo nel termine determinato; e non occorre altro per ricusare il privilegio del venditore a colui che rende l'immobile senza ricevere il prezzo e le somme accessorie da lui pagate. Costui aveva per sè quel dritto di ritenzione che gli accordava l'art. 1673; quella era l'unica sua garenzia e se non ha saputo conservarla, debbe imputarlo a sè stesso; più non ha che l'azione personale contro il venditore primitivo di cui ha seguito la fede.

Ma la quistione potrebbesi basare in altri termini. Potrebbe stare, p. es. che la convenzione di riprendere la cosa, invece di accompagnare il contratto di vendita, non intervenisse che in seguito; potrebbe stare altresì che la facoltà di ricompra stipulata nel contratto non fosse esercitata che dopo lo spirare del termine convenuto. La soluzione sarebbe in tal caso la stessa? Certo che no, pel primo caso diciamo col Marcadè (ved. Comentario dell'art. 1659, n. 2) che l'esercizio della facoltà di ricompra sarebbe una seconda vendita e non già una risoluzione della vendita primitiva; pel secondo caso diciamo parimenti, in pria con l'art. 1661, Codice Napoleone, ai termini del quale « nel manco per parte del venditore di esercitare la sua azione di riscatto nel termine prescritto, l'acquirente rimane proprietario irrevocabile, » ed in seguito con le leggi fiscali che, ritenendo il riscatto esercitato dopo lo spirar dei termini convenuti come implicante una novella mutazione, lo colpisce non più di un dritto di quietanza o di liberazione, come nell'ipotesi testè menzionata, ma del dritto di mutazione stabilito sugli atti traslativi di proprietà o di usufrutto dei beni immobili. (L. 22 frimaio, anno 7, art. 69, § 7, n. 5). Or se in questo caso l' esercizio della ricompra è tutt'altro che la risoluzione della vendita primitiva, o la liberazione del debito contratto dal primo venditore; se esso costituisce nella realtà delle cose una retrocessione, vale a dire una vendita novella, più non v'è motivo per mettere da banda l'applicazione del nostro articolo: il credito del retrocedente sarà privilegiato sino a che non gliene sarà stato pagato il prezzo.

190. Vediamo ora in che consiste il credito garentito dalla legge. A tal riguardo il nostro articolo dispone che il venditore è privilegiato *pel pagamento del prezzo.* Di qui due osservazioni preliminari.

La prima si è di non esservi luogo al privilegio che sol quando evvi un prezzo dovuto in totalità o in parte. Dacchè l'obbligazione dell'acquirente è estinta col pagamento del prezzo, vuoi anche con la novazione, più non v'è causa al privilegio, il quale si estingue con l'obbligazione stessa. Ciò è di tutta evidenza. Vi sono soltanto serie difficoltà e gravi contestazioni sulla valutazione degli atti o dei fatti che, intervenuti tra il venditore e l'acquirente, possono o debbono essere considerati come costituenti una novazione. Già ci siamo spiegati a tal riguardo (ved. supra n. 145); rimandiamo alle precedenti nostre osservazioni, limitandoci a soggiungere qui che la novazione dovrebbe essere ammessa, se il venditore, invece di ricevere il suo pegno, avesse consentito a farne il prestito ad interesse per un tempo determinato, accettando un pegno per sicurezza. La Corte di Bourges ha anche deciso che il privilegio del venditore non passa al credito novello risultante dalla convenzione, mercè la quale il venditore lascia il pegno della vendita tra le mani dell'acquirente perchè ne goda come usufruttuario (1).

La nostra seconda osservazione si è che il pegno di cui intende parlare l'art. 2103 si è il pegno espresso nel contratto. I supplementi o gli aumenti di pegno risultanti da particolari convenzioni, alle quali le parti troppo spesso ricorrono a fin di pagare minori dritti di registro, non sarebbero di alcun conto rispetto agli altri creditori dell'acquirente. Il privilegio non varrebbe rispetto ad esso che pel prezzo dichiarato nel contratto. Le convenzioni segrete che aggiungessero al prezzo dichiarato avrebbero il carattere di contro-scritture, le quali in massima non sono opponibili ai terzi (ved. Cod. Nap. art. 1321). Troviamo nonpertanto un arresto della Corte di Bordeaux, dal quale risulta che il privilegio accordato al venditore non pagato si applica non solo al prezzo enunciato nell' atto di vendita, ma ancora al supplemento di prezzo che, per decisione anche semplicemente arbitrale, è attribuito al venditore (2). Ma l'arresto si spiega mercè le circostanze nelle quali era intervenuta la decisione arbitrale, essa aveva statuito non già su secrete convenzioni, ma su serie e reali difficoltà che avevan diviso le parti; di tal chè è uopo considerare nell' arresto una decisione speciale che non infirma per nulla la massima fermata (3).

191. Ciò posto, passiamo agli elementi di cui si compone il prezzo che costituisce il cre-

(1) Ved. Bourges, 6 marzo 1853.
(2) Ved. Bordeaux, 23 aprile 1836.
(3) Ved. Duranton, (I. XIX, n° 160), Troplong, 218, in nota).

dito privilegiato. Ed in pria non v'è alcun dubbio in quanto concerne la somma principale. Vuoi che il prezzo consista in un capitale esigibile, vuoi che abbia per oggetto una rendita perpetua o vitalizia, il pagamento non ne è meno garentito con privilegio. Senza dubbio se dopo la perfezione del contratto di vendita le parti convenissero di convertire in una rendita vitalizia o perpetua il prezzo che in origine era stato regolato con una somma di danaro, vi potrebbe essere materia a contestazione, essendo stato sostituito un debito non esigibile ad un debito esigibile; potrebbesi dire esser questo uno dei casi di novazione di cui or ora parlavamo. Ma allorchè la rendita stessa costituisce il prezzo della vendita, il privilegio vi si rannoda necessariamente ed allo stesso titolo che se il venditore avesse alienato la cosa per un capitale esigibile (1). Gli è evidente, non solo perchè la legge non fa distinzione, ma anche perchè qualunque distinzione sarebbe irragionevole; la causa originaria del credito, vale a dire la ragione stessa del privilegio essendo identica, quale che sia la forma convenuta pel pagamento.

192. Indipendentemente dal capitale il prezzo si compone ancora degl'interessi che ne sono l'accessorio. Si ammette dunque generalmente che gl'interessi del prezzo di vendita godono dello stesso privilegio del principale. Il solo Persil aveva in pria opinato che gl' interessi dovuti per semplice ritardo e senza stipulazione non avrebbero dritto al privilegio; ma è un errore che ha bentosto ritrattato, riconoscendo nelle ulteriori edizioni del suo *Regime Ipotecario* che gl'interessi si rannodano in certo modo col principale, ch'essi rappresentano i frutti prodotti dall'immobile e che per tal motivo debbono essere collocati nello stesso rango del capitale (2). La quistione non sta dunque in ciò, ma essa si è prodotta sul punto di sapere, se è lo stesso del privilegio come dell' ipoteca, se esso si restringe come questa, giusta l'art. 2151 Cod. Nap., agl'interessi delle annate trascorse e dell' annata corrente; o se al contrario, a differenza dell'ipoteca, dà dritto al creditore privilegiato di far comprendere nella stessa collocazione del capitale tutti gl'interessi che possono essergli dovuti. Nonpertanto l' opinione oggidì dominante anche fra coloro che pensano che il privilegio del venditore non produce il suo effetto rispetto ai terzi che *a patto dell'iscrizione* (il che è gravemente contestabile come si vedrà al comentario degli art. 2106 e 2108) l' opinione dominante si è che l'art. 2151 è speciale alle ipoteche iscritte e che la disposizione limitativa non può essere estesa ai privilegi (3). Ed in fatti in dritto comune diremo con la Corte di Cassazione (ved. l'arresto delle sezioni riunite da noi citato in nota) gl'interessi di un credito ne formano un accessorio e sono della stessa natura; essi debbono dunque partecipare degli stessi vantaggi ed essere governati dalle stesse regole. Se l' art. 2151 si è allontanato da tal principio, la disposizione mercè la quale l'ha modificato è ristretta agl'nteressi dei crediti semplicemente ipotecarii, poichè esprime in termini formali, che gl'interessi sui quali essa statuisce avranno lo stesso rango d'*ipoteca* dei capitali, ed in conseguenza non può essere permesso di applicar questa disposizione agl'interessi del capitale dovuti al venditore, poichè questo capitale non ha un semplice rango con *ipoteca*, ma un rango con *privilegio*, allorchè l'atto di vendita è stato trascritto. In tutte queste disposizioni, il Codice Napoleone ha distinto i crediti privilegiati dagl'ipotecarii; nel capitolo in cui è allogato l'art. 2151, e il cui titolo enuncia separatamente i privilegi e le ipoteche, il legislatore ha espressamente denominati i privilegi nella disposizione che ha voluto ad essi applicare; se ne debbe conchiudere non aver voluto applicare che ai crediti ipotecarii una disposizione nella quale ha menzionato le ipoteche soltanto; di tal che tanto da questa distinzione, quanto dalla disposizione generale del nostro articolo e dai termini restrittivi dell'art. 2151 risulta che il legislatore ha lasciato la collocazione degl'interessi dovuti al venditore nei termini del dritto comune, seguendo in ciò le regole dell'antica giurisprudenza, secondo la quale questi interessi avevano, senza alcuna restrizione, lo stesso rango e lo stesso privilegio del capitale. Queste considerazioni, emesse dalla Corte Suprema, son decisive a parer nostro anche nel sistema di coloro che fan dipendere l'efficacia del privilegio rispetto ai terzi da una iscrizione presa in tempo utile, la quale agisce allora retroattivamente in quanto concerne gl' interessi ; o se ci collochiamo ora nel sistema contrario, in quello in cui non è necessaria la iscrizione perchè il privilegio del venditore abbia tutta la efficacia rispetto ai

(1) Ved. Liegi 18 gennaio 1812; Orleans, 8 luglio 1815.

(2) Ved. Persil (art. 2103, § 1, n° 4).

(3) V. in tal senso cass., 5 marzo 1816, e sez. riun., 1 maggio 1817. — *Junge*. Rig. 16 marzo 1820; Rig., 8 lug. 1834. Parigi. 31 gen. 1818 e 7 dec. 1831; Bourges, 23 maggio 1827 e 23 maggio 1829; Bordeaux, 25 aprile 1836. — Ved. pure Favard (v° inscriz. sez. 7, n° 12), Dalloz (*loc. cit.*, n° 7). Duranton (t. XVI, n° 312; t. XIV, n° 160 *bis*), Zachariae (t. II. p. 200 e nota 8), Taulier (t. VII, p. 175), Troplong (n° 219), Mourlon, (n° 136 e seg.) — Ma vedi in senso contrario. Nim a. 12 dicembre 1811; Grenier (t. I. n° 105). Delvincourt (t. III, p. 359, nota 10), Blondeau (*Rev. di leg.*, t. IV, p. 368); Persil (art. 2151, n° 8), Rodière (*Riv. di leg.*, t. 1, pag. 233).

terzi,si comprende che a più forte ragione la soluzione debbe prevalere,poichè allora per la sola forza delle cose, tutti gl'interessi dovuti al venditore trovansi conservati pel solo effetto della trascrizione e debbono essere collocati nello stesso rango del capitale.

Questa soluzione nonpertanto fa ora scorgere un manco di armonia nell'insieme della legislazione, in vista del sistema di pubblicità che la recente legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione ha riposto in vigore. Non potrebbesi spiegare, è uopo riconoscerlo, che un credito gravante la proprietà possa non essere accusato in tutto il suo ammontare dal registro del conservatore, e che quando la legge ha voluto che tutto fosse posto alla svelata, e non vi fosse più nulla di occulto negli oneri che gravano la proprietà, che il registro della conservazione facesse conoscere nel modo più esatto la vera situazione e il credito del debitore, potrebbe nonpertanto stare che un terzo consultando questo registro non sia avvertito e che il credito che gli è annunziato possa, a causa della accumulazione degl'interessi,aumentare in una proporzione considerevole ed essergli opposto per una somma di molto superiore alla cifra indicata. Ma non ispetta allo interpetre di porre nelle diverse disposizioni della legge lo accordo e l'armonia che lor mancano. In difinitiva, il ristabilimento della trascrizione come mezzo di consolidar la proprietà non basta da sè solo per far oggi cadere la soluzione che precede: occorrerebbe qualche cosa di più. Ciò fo capito perfettamente dai redattori della legge belga del 16 dicembre 1851, che ha riformato il regime ipotecario nel Belgio, e ristabilendo così la trascrizione come mezzo di consolidare la proprietà, hanno inoltre modificato nel testo della nuova legge i termini dell'art. 2151, cui han sostituito la seguente disposizione: «Il creditor *privilegiato* o ipotecario iscritto per un capitale producente interessi o annualità ha dritto di essere collocato per tre annate soltanto nello stesso rango del suo capitale, senza pregiudizio delle particolari iscrizioni a prendere, portanti ipoteca a contare dalla loro data, per gli altri interessi o annualità (1)». Ma finchè non sarà fatta una simile modifica al testo dell'art. 2151 del nostro Codice,questo articolo non si dovrà estendere oltre i crediti ipotecarii che esso ha soltanto in mira, ed il privilegio che garentisce il prezzo di vendita garentisce appunto perciò tutti gl'interessi di questo prezzo senza restrizione.

193. Non garentirà i danni interessi risultanti dalla inesecuzione. Si è detto ed a ragione che il venditore non può aver privilegio per questi danni, perchè sono oltre il prezzo e le esecuzione della obbligazione principale e quindi non danno luogo se non ad un'azione personale non privilegiata (2).

194. Ma per lo contrario il privilegio si estenderà alle spese che il venditore sarà obbligato di fare per giungere al ricupero del suo prezzo. Vedremo all' art. 2108, quale pubblicità è richiesta per la conservazione di questa parte del credito.

Taluni autori la cui dottrina è stata seguita da un solo arresto, ricusano di classificare fra queste spese che noi consideriamo privilegiate, le spese effettive dell'atto constatante la vendita, del pari che le spese di trascrizione, allorchè il venditore ne ha fatto il pagamento (3). Il Persil che pel primo ha abbracciato siffatta dottrina, l'ha fondata sul testo dello articolo 2103, in quanto che questo articolo non parla che del *prezzo*. Il Duranton ci ha poscia detto che le spese del contratto non sono un accessorio del prezzo, in pruova di che ei rammenta che il fisco non tiene conto di queste spese nel calcolo e nella liquidazione dei dritti di registro che percepisce sulla mutazione; e pel Duranton il pagamento delle spese da parte del venditore si riassumerebbe in una specie di *prestito* che costui farebbe all'acquirente. In quanto alla Corte di Caen da cui emana l'arresto al quale facevamo poc'anzi allusione si è limitata ad affermare e non ha creduto dover motivare la sua affermazione. È uopo dunque mettere da banda quest'autorità: nè ci rannoderemo neppure a quella del Persil. La circostanza che il nostro articolo parla del *prezzo* soltanto aveva spinto questo autore, (come abbiam veduto al numero 192) a conchiudere che il privilegio non si estenderebbe anche agl' interessi del prezzo, ma ha ben presto capito che la interpetrazione così fatta del testo sarebbe troppo giudaica ed ha ritrattato il suo errore. Perchè mai la ritrattazione non si è spinta più oltre? Perchè, quando il Persil finisce col riconoscere e concedere,dopo averlo contestato dappria, che gl'interessi ben sono l'accessorio del prezzo,non ha esteso la sua concessione alle spese e costi effettivi del contratto? Non vedesi ragione per far

(1) È il testo dell'art. 87 della nuova legge belga. Vedi il comentario legisl del Delebecque, p. 324, 325.

(2) Ved. Delvincourt, t. III p. 280 nota 5. Grenier; t. II, p. 384; Persil, art. 2103, § 1, n° 5; Duranton, t. XIX, n° 163; Zachariae, t. II, p. 117; Troplong, n° 221. — Ved. pure Bordeaux 27 febbraio 1829, e Mourlon, n° 152.

(3) Ved. Persil, loc. cit. n. 3, Dalloz, loc. cit. n. 8; Duranton; t. XIX, n. 162.—Ved. pure Caen 7 giugno 1837.—Ved. pure un arresto di Parigi 26 marzo 1849, che si è talvolta citato nel senso di questa dottrina; ma questo arresto non è topico sulla quistione; giudica soltanto che le spese di divisione non sono privilegiate, *come spese giudiziarie*, rispetto al creditore che non ne ha profittato.

distinzione, e la concessione cui la verità delle cose ha strappata al Persil, rispetto alle prime, condanna nel suo principio stesso la restrittiva soluzione che dà rispetto ai secondi. Il Duranton ben ci dice che il fisco non aggiunge il costo dell'atto al prezzo, per percepire il dritto di registro sul tutto, ma il Duranton ha dimenticato che il fisco non percepisce neppure dritto *sugl'interessi*. Che vuol dire ciò? Che in tesi generale il dritto fiscale non ammette che si aggiungano al prezzo gli oneri derivanti dalla legge: ma ciò non potrebbe al certo provare che gl'interessi non sono l'accessorio del prezzo. Ciò è evidente per tutti e per lo stesso Duranton, poichè egli ammette con tutti gli autori, che il privilegio del venditore garentisce gl'interessi del pari che il principale. Or in che cosa le spese degli atti differiscono sotto tal rapporto dagl'interessi? Senza dubbio queste spese e quelle della trascrizione son di dritto a peso del compratore; gli articoli 1593 e 2155 lo dicono anzi espressamente; il primo per le spese dell'atto e il secondo per quelle di trascrizione. Ciò indica forse che queste spese non sieno una parte del prezzo? Evidentemente che no: esse rientrano sì ben negli elementi del prezzo che gli art. 1630 e 1673, Codice Nap., obbligano il venditore a renderle all'acquirente in caso di evizione o di ricompra, e l'art. 2188 le comprende nel prezzo a rimborsarsi all'aggiudicatario spossessato per sovrs imposta. È di fermo queste spese e l'obbligo di pagarle sono entrate come parte essenziale nelle condizioni della vendita; le parti han preso tutto ciò in considerazione, allorchè han fissato tra loro il valore della proprietà; esse han detto necessariamente che questo valore nel suo insieme sarebbe il risultato della porzione fatta al venditore e di quella riserbata pel pagamento delle spese. Da qualunque lato provenga, il pagamento delle spese sarà dunque sempre l'adempimento di un obbligo derivante dal contratto di vendita, e le spese pagate rappresentano sempre una parte del prezzo.

Nè si dica col Duranton che appunto perchè questa parte del prezzo è come l'altro a peso dell'acquirente, il pagamento che ne vien fatto dal venditore implica l'idea di un prestito dal suo canto! Sarebbe questo un altro abbaglio sulla realtà delle cose; chè veniamo ai fatti e vediamo in quali circostanze avviene che il venditore paghi in vece del compratore. Ciò può avvenire indipendentemente dal caso in cui le spese son messe per eccezione a carico del venditore (caso di cui or ora parleremo) in tre circostanze particolari: il venditore può pagare le spese dell'atto per ottenere il suo titolo, a fine di ripetere il rimborso del suo prezzo; paga ancora, per far trascrivere, le spese della trascrizione, ad oggetto di assicurare la conservazione del suo privilegio; da ultimo può essere astretto a pagare le spese dell'atto in virtù dell'azione solidale di mandato, di cui è tenuto verso il notaio. Nel primo caso, quando paga per molestare l'acquirente ed ottenere il prezzo della vendita, ovidentemente il venditore non fa un prestito a costui; soddisfa delle spese necessarie per giungere al rimborso che si propone; tanto necessarie quanto il pegnoramento che debbe esserne la conseguenza. A questo titolo esse costituiscono delle spese giudiziarie; soltanto siccome non sono utili che ad esso venditore, non possono prendere nella graduazione quel primo rango che è assicurato alle spese giudiziarie dall'art. 2101: ma almeno debbonsi considerare come accessorie del credito del venditore che le ha pagate ed appunto perciò essere collocate con questo credito e nello stesso rango. — Nel secondo caso l'idea di prestito neppure è ammessibile: allorchè il venditore fa trascrivere il suo contratto, ciò che ei paga è altresì una spesa necessaria come nel caso precedente: poichè con la trascrizione il venditore assicura la conservazione del suo dritto rispetto agli altri creditori. Ecco una prima ragione di ammettere il privilegio. Avvene un'altra ed è che qui è della trascrizione, come delle inscrizione, di cui l'art. 2155 pone le spese a carico del debitore. Or in forza di questo articolo non si fa alcuna difficoltà per collocare la somma di cui l'iscrivente deve fare l'anticipo, allo stesso rango della ipoteca conservata dalla iscrizione. Come dunque potrebbe essere altrimenti dalle spese di trascrizione, allorchè vedesi che esse formano altresì l'obbietto di una disposizione di questo stesso articolo? — Nel terzo caso da ultimo, allorchè il venditore paga per effetto dell'azione di mandato, paga come garante dell'acquirente, chè se da esso venditore al notaio evvi obbligazione solidale per applicazione dell'articolo 2002, Cod. Nap., è certo che il debito non concerne che l'acquirente, e in conseguenza che, rispetto a costui, il venditore debb'essere considerato come semplice fidejussore secondo l'art. 1216 dello stesso Codice. Or questa fidejussione ben evidentemente trae origine dal contratto di vendita. Il privilegio vi si rannoda come alle altre obbligazioni risultanti dalla vendita a pro del venditore, e si opporrebbe forse che il notaio, creditor diretto delle spese, non è privilegiato rispetto all'acquirente? Ma che monta? Il venditore non reclama come surrogato ai dritti del notaio, ma in forza del suo proprio diritto, dritto preesistente e derivante in suo favore dal contratto stesso di vendita che ha fatto del debito delle spese una porzione del prezzo, o l'ha liberato (esso vendi-

tore) dal pagamento di queste spese per metterle a carico di colui su cui pesa il debito del prezzo. In diffinitiva la situazione del venditore rispetto allo acquirente e agli altri creditori di costui rimane in quest'ultima ipotesi ciò che essa è nello altre due; chè pagando qui il debitore per effetto dell'azione di mandato, non ne segue che la natura del debito sia mutata e differisca da quello che è nel caso in cui il venditore paghi spontaneamente per conservare il suo dritto o per ripetere, e poichè il privilegio come abbiam dimostrato si estende alle spese in questi due casi gli è chiaro, che debbe estendervisi parimenti nel terzo.

Quindi, punto di distinzione tra gl'interessi e le spese: gli uni e le altre sono l'accessorio del prezzo ed a questo titolo rientrano nei termini del nostro articolo, il quale dichiara privilegiato il venditore pel pagamento *del prezzo*. Tale è l'avviso che tende a prevalere in dottrina ed in giurisprudenza (1).

195. Nonpertanto nella soluzione che precede noi supponiamo, che le spese fossero a peso dello acquirente, vuoi in virtù del dritto comune che, nel silenzio dell'atto, fa del pagamento delle spese uno degli obblighi dell'acquirente, vuoi, ed è il caso ordinario, che il contratto ne contenga una espressa disposizione. Ma se il venditore per una eccezione che talvolta producesi nella pratica, si fosse incaricato di pagare le spese, non già a titolo di anticipo e salvo a ripeterle dall'acquirente, ma a titolo di pagamento diffinitivo e senza regresso, le spese come ben s'intende non sarebbero privilegiate in tal caso; sono allora il debito personale del venditore; più non fanno parte del prezzo, e non potrebbesi accordare da questo lato un privilegio al venditore, senza sconoscere la regola, giusta la quale il privilegio non ha luogo che pel prezzo espresso nel contratto; *supra*, numero 190.

196. Terminando su questo punto faremo notare che, in quanto al notaio egli non ha contro le parti pel pagamento delle spese che l'azione personale di mandato la quale è privilegiata. Così in tesi generale il notaio non potrebbe, allorchè le spese sono ancora dovute, presentarsi alla graduazione e reclamarvi per parte sua una collocazione privilegiata. Ma altrimenti sarà, se il notaio si presenti alla graduazione come esercente, in forza dell'articolo 1166 Cod. Nap., i dritti del venditore il quale per un'applicazione (oggidì non più contestabile) dell'art. 2002 dello stesso Codice è anche suo debitore. Ei debbe allora essere collocato come lo stesso venditore, vuoi direttamente se il venditore non ha domandato collocazione per le spese, vuoi in sott'ordine se le spese trovansi comprese nella collocazione del venditore.

197. Ci resta a precisare un ultimo punto relativamente al privilegio del venditore. Su che cosa verte questo privilegio ed in quale misura la cosa ne è gravata? Trattasi qui di un privilegio speciale ed il nostro articolo ci dice in conseguenza che il privilegio verte sull'*immobile venduto*. Non si estende dunque agli altri beni che il debitore avesse acquistato e riunito all'immobile da lui comprato; anzi, se una porzione soltanto dello immobile avesse formato l'obbietto della vendita, il privilegio non si estenderebbe alle altre porzioni di questo stesso immobile. La Corte di cassazione ha giudicato in questo stesso senso che colui il quale vende ad una società una certa parte di un immobile per un certo prezzo, e versa nella società il dippiù dell'immobile come messa sociale non ha privilegio pel prezzo stipulato della parte venduta che su questa parte dello immobile e non già sul dippiù che forma la massima sociale, di tal che se la società venendo a succombere per fallimento, l'immobile è venduto dai creditori, il socio venditore primitivo non può essere collocato pel prezzo che gli rimane dovuto che sulla parte del prezzo di aggiudicazione corrispondente alla parte dell'immobile che ha formato l'obbietto della vendita (2).

È questa una conseguenza diretta della specialità del privilegio: altre conseguenze ancora se ne sono dedotte dalla giurisprudenza. Essa ha quindi deciso che il privilegio debbesi restringere al prezzo del solo immobile, e non estendersi a quello delle costruzioni o migliorie che provengono dall'acquirente (3). Ma ritorneremo su questo punto nel comentario dell'art. 2133, il quale relativamente alle ipoteche ferma al contrario la regola che l'ipoteca acquistata si estende a tutte le migliorie sopravvenute allo immobile ipotecato. Aggiungeremo qui soltanto che, nel rinserrare nei più stretti limiti la disposizione del nostro articolo non potremmo spingerci sino a dire che una semplice trasformazione dell'immobile venduto potrebbe avere per effetto l'estinzione del privilegio del venditore. P. es. io vi ho venduto una casa e voi vi avete piantato una vigna: gli è aperto che il mio privilegio sussisterà non ostante questa trasformazione. È la regola fermata dalla legge 16. ff *de pign. et*

(1) Ved. Grenier (t. II, n. 384), Ved. Troplong (n. 220), Rolland de Villargues (v. Privilegio n. 272), Taulier (t. VII, p. 173.—Ved. pure Limoges, 9 genn. 1841; Bordeaux, 6 genn. 1844 Trib. della Senna, 7 giugno 1840.

(2) Rig., 15 luglio 1841.

(3) V. Lione 26 genn. 1853.—V pure Parigi 18 gen. 1837.

hypotec.; sotto il Codice l'applicazione ne vien fatta da tutti gli autori (1).

189. Indipendentemente dal privilegio di cui abbiamo parlato, la legge accorda un altro dritto al venditore non pagato del suo prezzo: ei può altresì ai termini dell'art. 1654, Codice Nap. domandare la risoluzione della vendita. Nel sistema del Codice Nap. questi due dritti erano talmente distinti e indipendenti che l'azione risolutoria sussisteva tuttora dopo la perdita del privilegio. Qualche dubbio erasi sulle prime elevato a tal riguardo, nei primi tempi era sembrato impossibile di ammettere che un terzo acquirente il quale più non poteva essere molestato ipotecariamente dal venditore, potesse essere da lui spossessato mercè l'esercizio dell'azione risolutoria. Ma questa idea non aveva resistito alla discussione; e non erasi tardato a riconoscere che il venditore, come esprime il Marcadè, (ved. art. 1654, n. 2, in fine) avendo due distinti dritti, giusta i testi, quello di agire pel suo pagamento come creditore ordinario; indi quello di riprendere la sua cosa, se non lo si pagava, la perdita del primo lo riduceva senza dubbio a non aver più che il secondo, che egli più non era se non creditore ordinario invece di esser creditore privilegiato, ma che era sempre creditore, sempre venditore non pagato ed in possesso quindi del dritto di poter risolvere la vendita. Si era questo un punto costante (2). Andavasi anche più oltre; si ammetteva, in conformità dei principii, che il venditore poteva esercitare l'azione risolutoria tra le mani del terzo acquirente, anche quando costui avesse regolarmente purgato lo immobile da lui acquistato (3). Non abbiam d'uopo di qui insistere sugl'inconvenienti e sui pericoli di siffatte regole, le quali sebbene esatte avevano per risultato non solo di frapporre i più gravi ostacoli alle vendite d'immobili, ma ancora di togliere qualunque sicurezza ai terzi acquirenti, i quali anche dopo una vendita fatta per autorità giudiziaria, dopo le procedure sì lunghe e sì dispendiose della espropriazione e della graduazione, potevano almeno sino alla legge del 2 giugno 1831 modificativa del titolo del pegnoramento immobiliare (ved. Cod. proc. art. 717), essere evinti da un precedente venditore non pagato. Questi inconvenienti e questi pericoli che la dottrina ha lungamente notati (4) han richiamato alla perfine l'attenzione del legislatore. Già l'assemblea nazionale erasene preoccupata nella discussione, di cui la riforma del regime ipotecario aveva formato l'obbietto nel seno di essa, ed il suo primo pensiero è stato quello di sopprimere l'azione risolutiva. Si era andar al di là dello scopo, chè l'azione risolutiva consacrata dall'articolo 1184 in massima generale ed applicata dallo art. 1654 al contratto di vendita si giustifica mercè considerazioni molto serie; epperò si capì ben presto che, in vece di sopprimere il dritto, dovevasene soltanto regolare l'esercizio, e l'azione risolutoria fu ristabilita, ma con la riserva che il venditore erane decaduto (rispetto al terzo che aveva un dritto reale legalmente conservato sull'immobile) se avesse perduto il suo privilegio. Tale era il progetto preparato per la terza deliberazione. Si sa in seguito di quali circostanze questo progetto non venne a capo. L'art. 7 della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione dispone in fatti che « l'azione risolutoria stabilita dall'art. 1654 Cod. Nap. non può esercitarsi, dopo la estinzione del privilegio del venditore, in pregiudizio dei terzi, che hanno acquistato dritti sull'immobile, da parte dell'acquirente, e che si sono conformati alle leggi per conservarli ». Così l'azione risolutoria è ormai rannodata al privilegio, di tal che la perdita o la estinzione di quello trae seco decadimento rispetto all'altra. Il venditore oggidì conserva il suo dritto di risoluzione conservando il suo privilegio; ecco perchè rimandiamo a trattare allo articolo 2108 le diverse quistioni che si rannodano all'azione risolutoria nei suoi rapporti col nostro subbietto.

III. — 190. *Privilegio dei coeredi e condividenti.*—Giungiamo ad un altro privilegio che, logicamente almeno, sarebbe stato meglio in rapporto coi principii del dritto romano, giusta il quale la divisione partecipava della vendita e della permuta, di quel che non sembra esserlo col principio fermato dall'articolo 883 del nostro Codice, secondo il quale la divisione è un atto semplicemente dichiarativo e non attributivo di proprietà. Il privilegio implicando in certo modo la ritenuta di una frazione della proprietà, fu dedotto a meraviglia dalla idea che, per effetto della divisione, gli eredi trasmettono ai loro coeredi, a titolo di permuta e di vendita, le porzioni della eredità che non entrano nella loro quota. Al contrario queste due idee, da una banda che l'erede reputasi essere sempre stato

(1) Ved. Persil (art. 2103, § 1, n° 8), Dalloz (loc. cit. n° 12), Duranton (t. XIX, n. 158).
(2) Ved. Marcadè (*loc.cit.*) e le autorità da lui citate.
(3) Ved. Parigi, 11 marzo 1816; Limoges, 19 gennaio 1824; Montpellier, 29 maggio 1827; Cass., 26 marzo 1828.
(4) Ved. gli articoli del Jourdan nella Temi (t. V, e VI). — Ved. pure Grenier, (t. 1, disc. prelim., n° 8, § 6), Troplong (prefazione).

proprietario della cosa ricaduta nella quota, e non aver giammai avuto dritto sol a cosa attribuita al suo coerede, e dall'altra che non pertanto qualunque erede può avere un privilegio sugl'immobili che la divisione ha fatti passare al suo coerede; queste due idee diciamo sembrano essere in evidente contraddizione tra loro. Sotto tale rapporto la legge dell'11 brumaio, anno 7, era stata più logica; essa non aveva riconosciuto il privilegio del coerede: ciò risulta dal confronto degli art. 1 e 14 della legge la quale, dopo aver definito nel primo di questi articoli il privilegio sugl'immobili, indirava nel secondo l'effetto del privilegio e i crediti privilegiati senza far menzione dei coeredi In verità, si è sostenuto che se, i coeredi o condividenti non fossero nominativamente designati, si troverebbero a sufficienza indicati nel § 3 dello art. 4, sotto la denominazione generale di *precedenti proprietarii* (1). Ma siccome ammettevasi altresì, sotto l'impero di quella legge la regola, che la divisione o la licitazione è semplicemente dichiarativa e non attributiva, ne doveva risultare che la denominazione di *precedenti proprietarii* era inapplicabile, come lo è oggidì, ai crediti di colui, che per effetto della licitazione o della divisione reputavasi essere succeduto agli autori comuni nella proprietà dello immobile a lui ricaduto, e di cui erasi reso aggiudicatario. Il privilegio dei coeredi o condividenti non era dunque riconosciuto, e quindi niun privilegio ha potuto risultare dalla divisione o licitazione compiute sotto l'impero della legge dell'anno 7. Così ha giudicato la Corte di Cassazione, la quale in oltre ha deciso che il privilegio non è stato conferito, per la sopravvegnenza del Codice Nap. ai condividenti che, pria della promulgazione di esso e sotto la legge di brumaio anno 7, avevano licitato immobili comuni (2).

Nonpertanto, se la logica assolve la legge di brumaio e la interpetrazione che essa ha ricevuto dalla giurisprudenza, l'equità, ci è forza confessarlo, vi può trovar molto a ridire. La uguaglianza tra gli aventi dritto è della essenza della divisione; la speculazione debb'esserne del tutto bandita. Or siccome ogni cosa soggetta a divisione non è suscettiva di una materiale divisione, o di una divisione in tanto parti uguali per quanti sono i condividenti, e siccome in tal caso è uopo ristabilir l'uguaglianza mercè pareggiamenti di quota, potrebbe stare che il creditore del pareggiamento non ne fosse pagato, e che quindi fosse infranta l'uguaglianza della divisione, qualora una reale garenzia non ne assicurasse il pagamento. Altre circostanze ancora son suscettive di produrre la ineguaglianza; p. es. delle evizioni le quali possono risecare dal patrimonio dell'autor comune dei beni che vi si erano indubitamente compresi, e che sopravvenendo dopo la divisione graviterebbero esclusivamente e contro ogni giustizia su quello tra i coeredi al quale fosse stato attribuito il bene ripreso, se la legge non avesse creato ed assicurato nella sua esecuzione il principio della garenzia delle quote. Queste considerazioni erano sembrate decisive sotto l'antica giurisprudenza: essa aveva altresì respinto i dati del dritto romano sulla natura delle divisioni. « Secondo le regole del nostro dritto romano, dice il fatti il Pothier (il quale riassume in ciò la opinione di tutti i giureconsulti) le divisioni non hanno alcun rapporto col contratto di permuta, non sono atti coi quali i condividenti *acquistano, nè reputansi acquistar nulla gli uni dagli altri* (3) ». Quindi la dottrina aveva già nell'antico dritto fermata la regola cui l'art. 883 Codice Nap. ha dappoi consacrata. E nonpertanto il bisogno dell'equità, la forza della ragione, ed anche con l'aiuto della presunta intenzione delle parti, si dovette riconoscere che le quote sarebbero obbligate ed ipotecate l'una per l'altra. « Gli è certo, dice il Lebrun, che il pareggiamento della divisione è privilegiato sulla quota che lo deve » e tutti gli autori han detto col Lebrun che il privilegio o la ipoteca tacita era in ciò una necessità emergente dalla natura stessa delle cose e dal principio di uguaglianza, sotto la fede del quale gli aventi dritto avevano fatto la divisione(4). Queste regole il nostro articolo riproduce e conferma, allogando nella classe dei creditori privilegiati « i coeredi sugl'immobili della successione per la garenzia delle divisioni fatte tra loro e pei pareggiamenti o supplimenti di quote ». — Qui due punti ad esaminare. Quali persone godono del privilegio? Quali sono i crediti garentiti e su quali beni?

200. In pria il privilegio non può invocarsi, e ciò è evidentissimo, che dai condividenti, e non ha luogo finchè non siasi operata la divisione del bene indiviso(5); essa non appartiene a qualunque persona divenuta creditrice per effetto di una divisione che ha fatto cessare la

(1) Ved. nel Glor del Foro, alla sua data, l'arresto di Rennes, 23 marzo 1812.
(2) Rig, 17 novembre 1851 (Dev., 52, 1, 49; Dalloz, 51, 1, 313; *J. P*, 1851, t. II, p. 614).
(3) Ved. Pothier (Delle vendite, n° 631).
(4) Ved. Lebrun (Delle successioni, lib. 4, cass., 1, n° 31), Basnage (Delle Ipoteche, cass., 6), Louet (lettera H, com. 2).
(5) Ved. Agen, 6 ottobre 1852 (Dalloz, 53, 2, 23).

indivisione e qualo cho sia la causa che la produceva. A dir vero, l'art. 2103 parla solo dei coeredi, dal che risulterebbe che il privilegio sarebbe accordato soltanto nel caso in cui la indivisione infranta dalla divisione avesse la sua origine nella apertura di una successione. Ma la restrizione non è che apparente, e la disposizione del nostro articolo, incompleta sotto tal rapporto, è completata tanto dallo art. 2106 quanto dallo art. 1476. Il primo di questi articoli, il quale determina il modo secondo il quale è conservato il privilegio di cui qui ci occupiamo menziona il condividente accanto al coerede, e con questa espressione generale fa sufficientemente intendere che il privilegio è attribuito a chiunque è in comunione sugl'immobili divisi, quale che sia la specie di indivisione la quale è cessata per effetto della divisione, ed il secondo articolo precisa appunto ciò per la indivisione speciale risultante dalla comunione conjugale, quando dice cho «la divisione della comunione, per tutto ciò che ne concerne le forme, la licitazione degl'immobili, allorchè vi è luogo, gli effetti della divisione, la garenzia che ne risulta o i pareggiamenti di quote, va soggetta a tutte le regole stabilite al titolo *delle Successioni* per le divisioni tra coeredi ». Or il privilegio è una di queste regole, la quale per non essere stabilita appunto al titolo dello *Successioni*, non deriva meno dal principio fermato da tale titolo; di tal che rendere applicabili alla divisione della comunione conjugale tutte le regole e tutti gli effetti dello divisioni di successioni è necessariamente farla partecipare al privilegio consacrato dal nostro articolo. Epperò ogni divisione, quale che sia la causa della indivisione che vi dà luogo, fa nascere il privilegio a pro del condividente rimasto creditore. Ciò è senza alcuna difficoltà.

201. Ma quali sono i crediti risultanti dalla divisione ai quali rannodasi il privilegio e quali sono i beni gravati? Questo secondo punto al contrario fa sorgere gravissima controversia. Qui ancora l' art. 2103 non dice tutto ciò che dovrebbe dire, chè esso menziona soltanto la garentia delle divisioni e quella dei pareggiamenti e supplementi di quote; ma la disposizione di esso è completata dall'art. 2109 il quale parla inoltre del prezzo della licitazione. A questi tre oggetti applicasi il privilegio. Percorriamoli successivamente.

202. Il condividente è privilegiato in pria per *la garentia della divisione* sui beni precedentemte indivisi. Quale è qui la previsione della legge? È il caso in cui ciascuno dei condividenti avendo ricevuto la sua parte afferente, l'eguaglianza viene in seguito ad essere infranta, per effetto di una evizione la quale ha tolto ad uno di essi tutto o parte dei beni compresi nella sua quota. Così per esempio una eredità composta di quattro immobili di un valore uguale, vuoi 50 mila fr. ognuno, e quattro eredi aventi un dritto uguale ai beni compresi in tale eredità. La divisione si effettuisce, ciascun erede vi riceve il suo immobile. Ma l' autor comune che li deteneva tutti, non era nonpertanto proprietario di uno di essi, ed avviene che, dopo la divisione, l'erede al quale era ricaduto questo immobile indebitamente posseduto dall' autor comune è evinto. Epperò nasce un credito in favore di questo erede contro degli altri tre, chè la evizione qui procede da una causa anteriore alla divisione (Cod. Nap. art. 884) ed in massima ciascuno dei coeredi è personalmente obbligato in proporzione della sua parte ereditaria ad indennizzare il suo coerede della perdita che gli à arrecato l'evizione (art. 885); appunto questo credito vien dichiarato privilegiato dall'art. 2103.

Or in quale misura o su quali beni questo credito è privilegiato? Sugl' *immobili della successione*, risponde questo stesso articolo. Su di che è uopo intenderci. Il dritto reale risultante dal privilegio è in questa materia essenzialmente correlativo all'azione personale. Or per l'azione personale, ciascuno dei coeredi non deve l' indennità della evizione che per *la sua parte*; l'art. 885 ce lo à testè detto. Il privilegio adunque non sarà più esteso del credito cui esso garentisce e per conseguenza non avrà effetto sul bene del quale ciascun coerede è stato dichiarato proprietario con la divisione se non sino alla concorrenza della parte di indennità di cui questo coerede è tenuto. Laonde ritorniamo alla nostra ipotesi: l'evizione ha tolto ad uno dei coeredi la totalità della sua quota, vale a dire un immobile che valeva 50 mila fr. e nel quale il dritto indiviso di ciascun coerede pria della divisione era del valore del quarto, ossia 12,500 fr. Ecco dunque la misura nella quale ciascuno dei quattro eredi debbe sopportare la perdita risultante dalla evizione. Così l'erede evinto, il quale deve altresì subire la perdita per la sua parte ha un credito di 37,500 fr. in tutto contro i suoi coeredi; soltanto, siccome la perdita debbesi ugualmente ripartire fra tutti, siccome ciascuno dei tre eredi rimasti in possesso della loro quota non deve a colui che è stato evinto della sua, se non la somma per la quale ei partecipa alla perdita comune, il credito si divide, e con esso o come esso si divide per così dire il privilegio che affetta tutte le quote, ma che non grava ciascuna di esse che sino alla concorrenza di 12,500 fr. In questo senso il nostro articolo

parla esattamente, allorchè dice che il coerede è privilegiato *sugl'immobili della successione* per la garentia della divisione: ma come ben si vede, sarebbe desumere dalle sue espressioni una induzione falsissima il conchiuderne che il privilegio inerente al credito del coerede evinto affetta ciascuna quota nella misura del credito preso nel suo totale.

Supponiamo in tutto ciò da una banda che tutti i coeredi sono rimasti solvibili e dall'altra, che la evizione da cui è nato il credito sia proceduta da una causa anteriore alla divisione, o siasi avverata senza colpa del coerede evinto. Se qualche cosa fosse mutata a questi termini, le soluzioni ne sarebbero necessariamente modificate. P. es. se noi supponiamo nella nostra specie che, dopo la divisione e pria della evizione sofferta da uno dei coeredi, un altro abbia perduto la sua quota e sia divenuto totalmente insolvibile, la ripartizione si farà in altro modo. In questo caso lo articolo 885 Codice Napoleone ne dice che, se uno dei coeredi trovasi insolvibile, la porzione di cui è tenuto debb'essere ugualmente ripartita tra il garentito e tutti i coeredi solvibili. Così la parte di cui l'insolvibile era tenuto ripartendosi ugualmente tra il coerede evinto e gli altri due, avverrà che il debito risultante dalla evizione si aumenterà per ciascuno di questi due ultimi di una somma di 4166 fr. e 66 centesimi, formanti il terzo dei 12500 fr. di cui era tenuto l'insolvibile, e conseguentemente che l'immobile compreso nella quota di ciascuno di essi sarà gravato del privilegio sino a concorrenza di 16,666.66 cent. (1). P. es. ancora, se noi supponiamo che l'evizione proceda da una causa nata dopo la divisione, (2); ovvero che la evizione, tutto che procedente da una causa anteriore alla divisione si è subita per colpa del creditore evinto, come se avesse trascurato di difendersi, allorchè poteva farlo con successo, non vi sarà privilegio possibile, non essendovi credito, cessando l'obbligo di garentia in questi casi, secondo la formale disposizione degli art. 884 e 885 Cod. Nap.

203. Del resto essendo stabilito il privilegio in vista della uguaglianza delle divisioni, e dovendo per conseguenza garentire tutte le perdite che potessero infrangere questa uguaglianza, ne segue che la evizione di un credito deve al pari di quella di un immobile dare origine al privilegio. Così supponiamo che la massa indivisa, nella specie di pocanzi, fosse di tre immobili, ognuno del valore di 50,000 fr. e di un credito di 50 mila fr., quello degli eredi che avesso consentito a prendere questo per sua porzione avrebbe, qualora ne fosse evinto per una causa anteriore alla divisione, lo stesso regresso e le stesse sicurezze contro i suoi coeredi, come se la quota si fosse composta di un immobile cui una evizione gli avesse in seguito tolto. È uopo altresì aggiungere che qui, a differenza di quanto ha luogo nel dritto comune, giusta il quale colui che cede un credito ne garentisce la esistenza, ma non garentisce in *massima* la solvibilità del debitore ceduto (ved. art. 1963 e segg. e il Comentario del Marcadè su questi articoli), gli eredi rispondono del credito non solo in quanto alla esistenza di esso, ma ancora in quanto al valore stesso pel quale fu preso al momento della divisione; a siffatta condizione soltanto le quote saranno state ugualmente formate.

A questa rannodansi due quistioni: una quella di sapere se il privilegio si estende alle collazioni a fare tra i condividenti e *alle restituzioni* dei frutti dovuti da uno di essi; l'altra se si estende al regresso del condividente molestato per debiti comuni che la divisione aveva posti a carico di un altro condividente.

204. Sulla prima quistione possono presentarsi due casi, o il credito di frutti è collocato nella quota di colui che à percepito questi frutti durante la indivisione, ovvero è attribuito ad un altro o a più altri coeredi. Nel primo caso ben s'intende che non potrebbe esservi luogo a privilegio, poichè il condividente al quale il credito è attribuito, è ad un tempo creditore e debitore, e in tal modo operasi una confusione che estingue il debito. Nel secondo caso i conferimenti e le restituzioni di frutti sono il principio di un credito la cui garentia è dovuta al condividente che li riceve nella suo quota, come di tutt'altro credito che gli fosse stato abbandonato dalla divisione, per conseguenza nella stessa misura e con le stesse sicurezze. Il privilegio vi si rannoderà dunque. Nonpertanto la giurisprudenza è incerta su tal punto. Taluni arresti decidono in modo assoluto che il privilegio non si estende alla restituzione dei frutti (3); altri giudicano che almeno il privilegio non potrebbesi esercitare se non in virtù della iscrizione presa nei termini dell'art. 2109 (4); altri infine decidono al contrario in modo generale che il privilegio si estende ai godimenti percepiti

(1) Ved. Zachariae (p. 119, 5°, *in fine*).

(2) Ved. Orleans, 26 luglio 1849 (Dalloz, 50, 2, 29; Dev., 50, 2, 49), Agen, 22 dicembre 1846 (Dev., 47, 2, 204; Dalloz, 47, 2, 87).

(3) Ved. Aix, 12 luglio 1826; Pau, 28 luglio 1823.

(4) Ved. Tolosa, 9 giugno 1824.

da uno dei condividenti sulla porzione degli altri (1). Quest'ultima soluzione evidentemente rientra meglio nel principio della uguaglianza delle divisioni,essa è a tal titolo ammessa dalla maggioranza degli autori (2); noi pensiamo esser mestieri rannodarvisi.

205. Sulla seconda quistione questo stesso principio di uguaglianza ha condotto la Corte Suprema a riconoscere che il privilegio debbe essere altresì accordato. L'uguaglianza, essa ha detto, sarebbe ferita ad ogni istante, se la legge non assicurasse tra' condividenti il rimborso del debito ereditario che l'uno fosse stato obbligato di pagare per l'altro.(3)Tale è anche il nostro avviso. Ma beninteso noi supponiamo che colui il quale ha pagoto in discarico del condividente tenuto del debito, vi sia stato astretto in seguito di qualche azione solidale o altra (4). Chè, s'egli avesse pagato volontariamente e senza esservi astretto, sarebbe come tutt'altro creditore, il quale avesse soddisfatto il debito di un altro, e non avrebbe dritto ad alcuna speciale sicurezza per farsi rimborsare. Il Potbier fa una particolare applicazione di queste regole alla divisione di comunione, quando suppone che il marito ha pagato dopo lo scioglimento la parte che la meglie o gli eredi di lei dovevano supportare nei debiti della comunione. « Io penso, ei dice, che non si può ricusare al marito per la sua azione di indennità una ipoteca privilegiata sui conquisti ricaduti alla moglie a causa della divisione, non potendo la moglie aver dritto di prendere parte ai beni della comunione che col peso di pagare i debiti (5).» Questa particolare applicazione è stata censurata da taluni autori, ma essa è più generalmente approvata (6), e debbe esserlo,perchè in diffinitiva l'uguaglianza la quale, salvo convenzione contraria debbe altresì essere mantenuta nelle divisioni di comunione, correva il rischio di essere in franta, se quando il marito è stato astretto di pagare un debito che la divisione aveva posto o carico di sua moglie, il credito che acquisto al momento stesso contro costei non fosse protetto dal privilegio.

206. Rimane ad esaminare un punto sul primo dei crediti che possono nascere dalla divisione: si è quello di sapere, se il privilegio ha luogo nelle divisioni di ascendenti. Perchè dunque non avrebbe luogo? Simili atti, nello stato attuale della legislazione, costituiscono vere divisioni di preaccessione. Si dovranno dunque applicare od esse tutte le regole ordinarie della divisione, alle quali non si è derogato con le disposizioni della legge speciale a questi atti. (Ved. Marcadè t. III, n. 273). Or negli art. 1075 e segg. Cod. Nap. non trovasi neppure una parola, da cui si possa indurre la derogazione, per le divisioni di ascendenti, al principio che consacra, in favore dei coeredi e condividenti, un privilegio per la garentia delle divisioni: il privilegio deve dunque esservi ammesso. Tale è la opinione generale (7).

207. Il nostro articolo pone nello stesso rango della garentia delle divisioni i pareggiamenti e supplimenti di quote. Qui la legge prevede il caso in cui i beni compresi nella indivisione non potendo essere divisi in porzioni uguali, è stato mestieri nella divisione ristabilire l'equilibrio mercè pareggiamenti posti a carico delle quote più forti in favore delle quote più deboli. P.es. una successione in cui trovansi: 1.° Un immobile indivisibile in natura, il quale immobile è di un valore di 20 mila fr.; 2.° un altro immobile, parimenti indivisibile, di 30,000 fr.; 3.° un titolo di 10mila fr. Tre eredi, aventi uguali dritti, vengono alla divisione. La parte di ciascuno in questa situazione è di 20 mila fr.; ma siccome i beni compresi nella successione non si prestano ad una divisione in tre parti uguali di 20,000 fr.,gli eredi consentono a che ciascuno prenda uno degli oggetti indivisi, mettendo a peso di colui che prende il secondo immobile un pareggiamento di 10 mila fr. a pro di colui al quale è attribuito il titolo di 10 mila fr. Ecco dunque stabilita l'oguaglianza, poichè ciascuno degli aventi dritto ottiene una somma ugoale di 20,000 fr.; solamente l'uguaglianza si stabilisce mercè il credito che uno dei condividenti acquista su di uno degli altri due: tale credito è dichiarato privilegiato dall'art. 2103.

Ma su quali beni cade il privilegio? Grava forse ad un tempo l'immobile ricadato nella quota di colui che non deve il pareggiamento, del pari che l'immobile della quota che lo deve?

(1) Ved. Riom, 3 luglio 1822 e 14 febbraio 1828; Rig., 14 agosto 1830 (Delvincourt, 31. 1, 63); Rig., 3 agosto 1837 (Delvincourt, 38, 1, 378).
(2) Ved. Zachariae (t. II, p. 119, nota 10), Taulier (t. VII, p. 181). Troplong (t. 1, n° 239, 4°). — Ved. Grenier (t. 1, n° 159. e Duranton (t. XIX. n° 187).
(3) Rig., 2 aprile 1839 (Delvincourt, 39, 1, 385).
(4) Conf. Tolosa, 15 gennaio 1811 (Dev., 41, 2, 238).
(5) Pothier (Della comunione, n° 762).
(6) Ved. Persil (art. 2103, § n° 4), Zachariae (*loc. cit.*), Troplong (*loc. cit.*, 5°). — Ved. Grenier (t. II, n° 399), Dalloz (*loc. cit.*, n° 28), Duranton (t. XIX, num. 188).
(7) Ved. Limoges, 8 gen. 1847; Cass., 4 giugno 1819; Montpellier, 19 febb. 1833 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 316; 1819. t. I, p. 353; 1833, t. II, p. 173; Dalloz, 1833. 2, 201). — Ved. pure Grenior (t. II, n° 407), Favard (v° Priv. sez. 4, n° 8), Persil (*Quist.*, t. 1, c. 6, § 8), Duranton (t. XIX, n° 189), Dalloz (*loc. cit*, 27), Troplong (n° 315).

Ovvero affetta soltanto quest'ultimo immobile? La quistione è controvertita. Da una banda, il Tarrible, la cui opinione del resto è seguita dalla maggioranza degli autori, si pronunzia in favore della più generale affezione. « La legge, ei scrive, dice senza restrizione che gl'immobili della successione sono affetti da un privilegio in favore del coerede al quale è dovuto il pareggiamento, o supplimento. Questa espressione abbraccia tutti gl'immobili della successione, senza distinguere quelli che sono ricaduti in una quota non gravata da pareggiamento da quelli ricaduti in una quota non gravata di supplimento; e noi non possiamo far distinzioni, là ove la legge non ne fa. L'affezione su tutti gl'immobili della successione è inoltre fondata su motivi facili a capirsi. È di fermo non già mercè una convenzione pura, nè mercè un consenso spontaneo del coerede al quale è dovuto un pareggiamento, trovasi un'eccedenza nella quota di uno dei due coeredi; ma per la necessità risultante dalla difficoltà delle divisioni, e constatata, vuoi da una sentenza, vuoi dal riconoscimento di tutti i coeredi. Se l'interesse dunque di tutti i coeredi ha determinato tale divisione ineguale ed ha stabilito un pareggiamento in favore di uno tra loro, tutti gli altri debbono rispondere sui beni della successione del pagamento del pareggiamento, nel modo stesso che sarebbero tutti risponsabili di una evizione sofferta da uno dei coeredi. (1) » Da un'altra parte al contrario il Delvincourt esprime che « il condividente, al quale è dovuto un pareggiamento conserva un privilegio *sui beni della quota che ne è gravata*, prendendo una iscrizione sui detti beni, ai termini dell'art. 2109., Cod. Nap. (2) »

In quanto a noi, non esitiamo ad adottare l'avviso del Tarrible, ma soltanto in una delle due ipotesi che possono presentarsi, quella in cui il condividente gravato del pareggiamento fosse stato insolvibile sin dall'epoca stessa della divisione. Evvi qui una insolvibilità, i cui effetti debbonsi ripartire fra tutti i condividenti nei termini indicati dal Tarrible, e da noi rammentati *supra* n. 202, perchè il pareggiamento non aveva in realtà il valore che i condividenti stessi gli ànno assegnato, e perchè la divisione *ab initio* è affetta da un vizio che obbliga la responsabilità di tutti, ed esige che il regresso accordato al creditore del pareggiamento sia assicurato da un privilegio avente la stessa estensione di quello il cui obbietto è di assicurare il regresso in garentia pel caso di evizione. In questo senso il nostro articolo si esprime con esattezza, quando dice che il coerede è privilegiato *sugl'immobili della successione* per la garentia dei pareggiamenti e supplimenti di quote.

Ma sarebbe tutt'altro, se colui il quale ha assunto a suo carico il pareggiamento fosse insolvibile al momento della divisione, in tal caso debbesi preferire la opinione del Delvincourt. Si dirà che la insolvibilità del debitore del pareggiamento venendo a prodursi dopo la divisione, sarà infranta l'uguaglianza, poichè in diffinitiva il pareggiamento non sarà pagato? Lo si direbbe a torto; chè l'insolvibilità in quanto che sopraggiunge sol dopo la divisione, non ne distrugge la uguaglianza, come non la distruggerebbe qualunque fatto accidentale, il quale, altresì dopo la divisione, trarrebbe seco per uno dei condividenti la perdita in tutto o in parte dei beni compresi nella sua quota. P. es., ritornando alla nostra specie, supponiamo che quello tra'coeredi al quale è ricaduto l'immobile di 20 mila fr. e che quindi ha ricevuto nè più nè meno, ciò che gli spettava per sua porzione, perda questo immobile in un incendio, o che per l'abbandono della strada sulla quale ora sito tale immobile, ne veda scemato alla metà il valore, questo erede non avrà al certo nè regresso contro la persona, nè privilegio sulle quote dei suoi coeredi per la riparazione della perdita che soffre; costoro gli opporrebbero con tutta ragione, che tra essi e lui tutto si è conchiuso e consumato con la regolare divisione la quale ha fatto cessare la indivisione; che se per una causa accidentale e posteriore in tutti i casi alla divisione, egli ha perduto tutto o parte dei beni a lui ricaduti, è un fatto spiacevole di cui non possono essere risponsabili ad alcun titolo, e le cui conseguenze debbono quindi gravare esclusivamente su di lui. Ora quello che nella specie opporrebbe a questo erede che avesse perduto la sua quota, egli sarà fondato ad opporlo per una giusta reciprocanza a colui che, non essendo stato pagato del pareggiamento, pretendesse esercitare una azione con privilegio contro chi non lo doveva. Potrà dire che la insolvibilità del debitore sopragiunta dopo la divisione è altresì un fatto accidentale, le cui conseguenze non debbono colpirlo, un fatto accidentale il quale non toglie che la divisione, in origine, non siasi attuata nelle condizioni di una perfetta uguaglianza, poichè il debitore del pareggiamento

(1) Ved. Tarrible (*Rep. di Merlin*, v° Priv., sez. 4, § 3). — Ved. nello stesso senso, Dalloz (*loc. cit.*, n° 25), Duranton (t. XIX, n° 188), Zachariae (t. II, p. 119), Taulier (t. VII, p. 181), Troplong (t. 1, n° 229). — Ved. pure i motivi d'un arresto di Riom, 14 febb. 1828, riferito alla sua data nel *J. P.*, e nella Raccolta del Davilleneuve, con l'arresto dell' 11 agosto 1830.

(2) Delvincourt, (t. II, p. 47). — Ved. nello stesso senso Bureaux (Studii teor. e prat. sul Cod. civ. t. I, n° 54 e segg.), Mourlon (*loc. cit.*, n° 172).

essendo allora solvibile,il credito di cui costui era gravato ben aveva in realtà il valore pel quale era stato compreso nella divisione. Potrà dire inoltre che, una volta consumata la divisione, tutto ciò che concerne il pareggiamento diviene una operazione particolare, nella quale è solo interessato colui che lo deve e colui al quale è dovuto, e che quest'ultimo non avendo regresso pel pagamento contro gli eredi,estranei a siffatta operazione, non potrebbe aver privilegio sui beni ad essi ricaduti, poichè il privilegio,in questo caso in cui i coeredi sono tenuti meno come terzi detentori che come garanti e nella misura della loro personale obbligazione (1), è essenzialmente correlativo all'azione personale,e che quando manca l'azione personale, il privilegio più non ha nè causa nè pretesto.

Tale è su questa grave quistione la distinzione che noi crederemmo doversi seguire;essa lascerebbe ai tribunali la cura di valutare,se il debitore del pareggiamento era o pur no solvibile al momento della divisione, per giungere in seguito a decidere se il privilegio si dovrà estendere a tutte le quote, o restringersi a colui che è gravato del pareggiamento. In questi termini siffatta soluzione è al certo conforme ai principii ed all'equità,e i testi forse non la contraddicono. Che se gli art. 2103 e 2109 parlano in modo generale di *immobili della successione e di beni di ciascuna quota*, è vero dire altresì,che quest'ultimo articolo nella sua disposizione finale esprime il pensiero del legislatore in termini ben più restrittivi, allorchè, dopo aver fissato il termine che accorda per la inscrizione ad effetto di conservare il privilegio del coerede o condividente soggiunge:« Durante il quale tempo niuna ipoteca può aver luogo *sul bene gravato del pareggiamento*, o aggiudicato per via di licitazione, in pregiudizio del creditore del pareggiamento o del prezzo. » Ben sembra risultare da questa ultima disposizione che,nel pensiero del legislatore, il privilegio non dovrà cedere che sul bene gravato del pareggiamento. Così noi sosteniamo, almeno pel caso in cui il debitore sarà riconosciuto essere stato solvibile al momento della divisione. Non pertanto convenghiamo che le espressioni più generali di che si avvale altresì il legislatore in questo stesso articolo e nel 2103, dan luogo all' equivoco; e tutto che esse, anche nella loro generalità, trovano la loro giustificazione nel sistema da noi esposto, in quanto che allora si applicherebbero al caso di una insolvibilità contemporanea alla divisione, sarebbe sempre più utile che la legge si spiegasse in modo più preciso e più netto.Così la pensarono i redattori della legge che ha modificato il regime ipotecario nel Belgio. Essi àn voluto che il privilegio gravasse tutto al più la intera quota gravata del pareggiamento, e l'art.27 della legge belga del 16 dicembre 1851 esprime nettamente,che i coeredi o condividenti sono privilegiati « pel pagamento dei pareggiamenti o supplementi di quote su tutti gl'immobili *compresi nella quota gravata del pareggiamento*, a meno che con l'atto di divisione, il privilegio non si fosse ristretto ad uno o più di questi immobili». In talune circostanze eccezionali, come diceva il relatore della legge belga « ciò potrà recar pregiudizio al condividente creditore del pareggiamento,ma in quanto a lui dovrà a sè imputare di avere accettata una garentia insufficiente, o soggetta a deterioramento,ed in quanto agli altri coeredi evvi un grande interesse a che tutti i loro beni non sieno mica gravati da una iscrizione a causa di un debito sovente minimo,e di cui non sono personalmente debitori (2)». Son questi a parer nostro le idee in cui fu concepita la nostra legge; ma è uopo dolerci che sia stata redatta in termini molto equivoci perchè abbia prevaluto la idea contraria con grave detrimento dei detentori d'immobili provenienti da divisioni attuate con pareggiamenti di quote, in quanto che la soluzione e le eventualità che essa comporta possono paralizzarne o anche distruggerne il credito.

207 *bis*. Se siasi accordato un termine pel pagamento del pareggiamento con istipulazione d'interessi (stipulazione necessaria perchè un tale debito sia produttivo d'interessi) il privilegio si estenderà ad essi,formando parte del pareggiamento. Ciò non è contestato, almeno in quanto agl'interessi a decorrere sino alla scadenza del convenuto termine; si riconosce per questi che, essendo iscritti col capitale, debbono essere graduati con esso ed allo stesso rango, purchè non sieno prescritti. Ma se il debitore del pareggiamento non pagasse alla scadenza, che cosa avverrebbe degl'interessi decorrendi da questa epoca sino al giorno dell'effettivo pagamento? Il Troplong insegna a tal riguardo che, giunto il termine, il creditore del pareggiamento più non ha il diritto di eseguire o di istituire una domanda giudiziaria ad effetto di far decorrere novelli interessi, che questi non potranno essere iscritti, se non quando vi sarà sentenza, e che la sentenza non traendo seco che una ipoteca generale e non mica privilegio, non accorderà rango al creditore che dal giorno della iscrizione (3). Noi

(1) Ved. Duranton (t. XIX, n° 185), o parag. l'art. 876 del Codice Napoleone.

(2) Ved. Delebecque (Comm. legislat., p. 142).
(3) Ved. Troplong (n° 240).

però non andremo sì oltre; sembraci che una volta fatta la stipulazione di interessi, essa produca da sè sola tutto il suo effetto, finchè il creditore non è pagato, e che quindi alla scadenza del termine, questo creditore non deve istituire domanda giudiziaria per far correre novelli interessi. Sotto tal rapporto è per un pareggiamento quel che è di un capitale mutuato, il quale neppure produca di dritto interessi. Or se io vi presto 10 mila fr. per tre anni al 5 per 0/0 l'anno, e se voi non mi pagate che dopo quattro anni, gli è ben chiaro ch'io avrò dritto di domandarvi quattro anni di interessi, tutto che allo spirare del terzo anni io non abbia istituita domanda giudiziaria contro di voi. Debbe essere lo stesso del caso in cui, invece di un credito per prestito, abbiamo un credito per pareggiamento. Il creditore del pareggiamento potrà dunque inscriversi, allo spirar del termine senza aver ottenuta sentenza di condanna. Ma noi ammettismo che gl'interessi, in vista dei quali sarà presa la novella iscrizione, vale a dire quelli il cui punto di partenza è la scadenza del termine fissato pel pagamento del pareggiamento, costituiscano, come dice il Troplong, non già un credito privilegiato, ma un credito ipotecario soltanto, giusta l'art. 2113; ciò è evidente, poichè per la sola forza delle cose non sarà richiesta la iscrizione nel termine durante il quale doveva esserlo, giusta la legge, per conservare il privilegio del coerede o del condividente.

208. Da ultimo può avvenire che un immobile compreso nella indivisione non essendo comodamente divisibile, la vendita ne sia fatta all'incanto; è il caso della licitazione. In tal caso possono presentarsi due situazioni: o l'immobile è aggiudicato ad un estraneo, o rimane ad uno dei collicitanti che se ne rende aggiudicatario. Nella prima ipotesi l'operazione offre l'indole di una vendita in cui i collicitanti rappresentano la parte di venditore e l'aggiudicatario quella di acquirente. Le difficoltà che tale situazione ha potuto presentare sono sorte particolarmente ad occasione del modo secondo il quale debb'essere conservato il privilegio; vi ritorneremo nel nostro Comentario dell'art. 2109. Nella seconda ipotesi, la licitazione ha tutti gli effetti della divisione; i collicitanti acquistano dunque al momento un credito su quello tra loro che si è reso aggiudicatario. Questo credito appunto è dichiarato privilegiato, non già come i due precedenti, dall'art. 2103, il quale come abbiam detto al n° 201 non parla di ciò nella enumerazione che presenta, ma dall'art. 2109, la cui disposizione completa sotto tal rapporto quella dell'art. 2103.

Ma in che cosa consiste il credito privilegiato e su quali beni ricade il privilegio? La legge ci dice a tal riguardo che il coerede o condividente è privilegiato sul bene licitato pel prezzo della licitazione. Così, da una banda, rimane gravato il bene licitato, ed esso soltanto; di tal che se la quota del collicitante aggiudicatario si componesse dell'immobile licitato e di altri immobili ancora, questi ultimi non sarebbero colpiti dal privilegio; nel che il credito per prezzo di licitazione differisce dal credito per pareggiamento, essendo questo garentito da un privilegio che affetta tutti gl'immobili compresi nella quota del debitore. Così da un'altra banda il credito privilegiato è quello del prezzo della licitazione; e con ciò è uopo intendere la porzione del prezzo che ricade al collicitante non aggiudicatario. Precisiamo le cose a tal riguardo, potendosi presentare delle complicazioni.

Ecco, p. es., una successione che si apre in favore di due eredi aventi uguali dritti; la successione si compone soltanto di un immobile, il quale non essendo divisibile in natura è posto in vendita su licitazione; uno d'egli eredi si rende aggiudicatario mercè 40 mila franchi. La situazione è qui molto netta e semplice; l'altro erede è divenuto al momento stesso creditore della sua parte del prezzo, e l'immobile passa nelle mani dell'aggiudicatario gravato da un privilegio per 20 mila fr.

Ma se questi 20 mila fr. non sono pagati, che cosa farà il condividente al quale sono dovuti? Profittando di una clausola del quaderno di vendita che sottoponeva l'aggiudicatario alla folle oblazione (si sa esser controversia sul punto di sapere se, nel manco di tale clausola, in materia di licitazione sia aperto l'adito alla folle oblazione) prenderà questo mezzo e l'immobile rivenduto alla folle oblazione dall'aggiudicatario sarà aggiudicato ad un estraneo per un prezzo inferiore, p. es. per 25 mila fr. Quale sarà in tal caso il prezzo pel quale il condividente avrà il suo privilegio? Potrà forse attenersi ancora alla prima aggiudicazione e dire che per essa il privilegio ch'egli aveva come condividente era stato fissato a 20 mila fr.? L'altro erede e i suoi creditori potranno dire per lo contrario che la prima aggiudicazione essendo stata annullata dalla folle oblazione, il solo prezzo ormai è di 25 mila fr., ed in conseguenza che il privilegio non si può ad essi opporre che per la porzione di questo prezzo che ricade al condividente, vale a dire per 12.500 fr.? La quistione non è senza difficoltà. Non ve ne sarebbe alcuna, se invece di una folle oblazione, noi avessimo qui una rivendita fatta all'amichevole dal collicitante che erasi reso aggiudicatario, o anche

una novella aggiudicazione in seguito di una procedura in espropriazione seguita contro il collicitante, nel manco di pagamento dal canto suo. Quand'anco la rivendita amichevole o la novella aggiudicazione non avesse prodotto che questo stesso prezzo di 25 mila fr., la prima aggiudicazione non sussisterebbe meno come quella che dà la misura sulla quale il condividente rimarrebbe privilegiato sull'immobile precedentemente licitato. Chè a tale aggiudicazione, cui la nuova aggiudicazione o la rivendita amichevole non ha cancellata, a questa aggiudicazione, termine finale di una licitazione che produce gli effetti della divisione, si rannoderebbe sempre la finzione della legge, giusta la quale il condividente reputasi essere stato proprietario *ab initio* della cosa ricaduta nella sua quota, e non essere stato proprietario che di ciò; e siccome la cosa a lui ricaduta nella specie è stata per effetto della licitazione una somma di 20,000 fr., ne seguirebbe che l' immobile passerebbe nelle mani del novello acquirente o dell'aggiudicatario gravato dal privilegio sino alla concorrenza di questa somma di 20mila fr. Sarebbe di questo caso, in cui supponiamo il prezzo della rivendita inferiore a quello dell'aggiudicazione su licitazione, come di quello in cui l'immobile gravato di un pareggiamento venisse ad essere depreziato nelle mani del debitore del pareggiamento: il depreziamento diminuirebbe senza dubbio il pegno del creditore, ma nulla riseccherebbe dal montare del credito garentito. Tutto ciò sarebbe forse ora mutato perchè, invece di una rivendita amichevole o di una novella aggiudicazione per espropria forzata, avremo un'aggiudicazione su folle oblazione? Tale è la quistione. Essa si è presentata innanzi la Corte di Rouen, e vi è stata risoluta affermativamente (1), e crediamo che sia stata ben risoluta. Le considerazioni che precedono non possono infatti invocarsi in questa novella situazione. Quì ben vi è stata altresì una prima aggiudicazione, ma essa è stata scancellata da quella su folle oblazione che ha fatto sparire la prima e con essa tutte le sue conseguenze giuridiche. Ormai il prezzo reale, il vero prezzo dell'immobile licitato è quello che si è ricavato dalla aggiudicazione su folle offerta; questo prezzo fisserà la misura del privilegio. Ben vi è una risponsabilità che graviterà sul folle oblatore a causa della differenza tra' due prezzi, e che graviterà talmente su di lui che egli sarà tenuto di questa differenza anche con arresto personale; ma ciò è conseguenza dei principii che non concernono la comproprietà originaria. Questa responsabilità è la pena del temerario licitante, e colpisce il coerede che si è reso aggiudicatario, come colpirebbe un estraneo: ma essa non può aver per effetto di mutare la proporzione nella quale ciascuno dei collicitanti era comproprietario della cosa licitata, per conseguenza del prezzo vero e diffinitivo che ne è la rappresentazione, e far sì che quando ciascuno dei collicitanti, come nella nostra specie, avesse dritto alla metà, avvenga che uno di essi assorbisca da sè solo, in pregiudizio dei creditori dell' altro, i quattro quinti. Noi crediamo dunque che in tal caso la estensione del privilegio dei collicitanti, per la loro parte nel prezzo della aggiudicazione, è determinata, non già sul prezzo della prima aggiudicazione, ma da quello dell'aggiudicazione su folle oblazione, e che i collicitanti non hanno, per la differenza tra il prezzo della prima aggiudicazione e quello della rivendita, se non un'azione personale, al termini dell'art. 740 Cod. pr. Così ha deciso la Corte di Rouen nell'arresto al quale facevamo poc'anzi allusione; tutt'altra soluzione implicherebbe, a parer nostro, come ha detto questo arresto, una confusione evidente tra qualità e titoli perfettamente distinti.

IV. — 209. *Degli architetti, imprenditori ed altri operai.* — L'ultimo dei tre privilegi *principali* su taluni immobili consacrato dal nostro articolo (ved. *supra*, n° 184) è quello degli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai adoperati per edificare, ricostruire o riparare gli edifizii, canali, o altre opere quali che sieno sulla plusvalenza esistente all'epoca dell'alienazione dell'immobile e risultanto da opere che essi vi ànno fatte. Questo privilegio à la sua origine nelle leggi romane; non pertanto esse erano mollo restrittive a tal riguardo, poichè il loro favore si rannodava alla ricostruzione degli edifizii distrutti e non si estendeva alle altre opere di costruzione(2): il privilegio fondavasi su basi più larghe per la nostra antica giurisprudenza francese che estese il principio (3); la legge intermediaria dell'11 brumaio, anno 7, l'ha confermato; e il nostro art. 2103 riproducendo, salvo taluno modifiche, le disposizioni dell'art. 12 di quest'ultima legge, gli ha dato lo stesso sviluppo. Non pertanto le formalità alle quali è soggetto il privilegio sono tante, le condizioni allo adempimento delle quali è subordinato sono tali per loro natura che di raro, e solo a Parigi (dove anche la pratica ha ideato delle combinazioni le quali differiscono da quelle della legge, ved. n° 220),

(1) Ved. Rouen, 30 dicembre 1850.

(2) Ved. l. 1. ff. *In quib. caus. pign. tacit.*; l. 1, C. *De cess. bon.*; l. 26 ff *De reb auct.* — Ved. pure Vinnius *Quaes. select.*, lib.2, cap. 4; Pothier *Pand*, t. 1, p. 563, n° 2; t. III, p. 184, n° 33).

(3) Ved. Brodeau su Louet (lett. H, somm 21, n° 5), Basnage (*Ipot.*, c. 14, p. 63).

gli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai lo acquistano contro il proprietario che li adopera; epperò si è energicamente reclamato contro l'art. 2103 nei diversi progetti di riforma, di cui il regime ipotecario è stato l'obbietto in Francia, e si è domandata la soppressione o delle forme stabilite da questo articolo, o del privilegio stesso (1). Checchè ne sia, passiamo al comentario dalla legge. Ma in tutto ciò che seguirà, parleremo soltanto dell'*acquisto* del privilegio; ciò che concerne alla conservazione di esso appartiene ad un ordine di idee del tutto diverso, e di cui la dottrina non si è sempre sufficientemente preoccupata. Tratteremo di quest'ultimo obbietto all'art. 2110. Soffermiamoci in quanto al presente al primo, e vediamo a quali operai ed a quale genere di lavori si applica il privilegio, la cosa che affetta e le condizioni mercè le quali può acquistarsi.

210. La legge ne dice che i creditori privilegiati sugl'immobili sono « gli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai adoperati per edificare, ricostruire, o riparare edifizi, canali o altre opere quali che sieno. » Per quanto sieno generali queste espressioni esse sono doppiamente restrittive.

Da una banda si parla di *edificare, ricostruire* o *edificare*, e con ciò scorgesi che il pensiero del legislatore si è soffermato non già a tutti i lavori che possono farsi su di un immobile, ma soltanto a quelli che poco più poco meno riflettono la costruzione, la ricostruzione, o la riparazione di edifizii. È certo non pertanto che il favore del privilegio dovrebbe rannodarsi ai grandi lavori di agricoltura, ai dissodamenti di terreni, alla semina e piantagioni, lavori tutti che non sono men delle opere di costruzione degni della protezione della legge. Ed è mestieri dire che questa protezione lor sarebbe assicurata, se la legge fosse stata redatta nei termini stessi in cui sembra essersi adottata: chè i processi verbali della discussione ci dicono che, su di un emendamento del Cretet, il quale chiedeva che si estendesse il n° 4 del nostro articolo « ad ogni specie di costruzione e specialmente a quella dei canali » (il che allora non trovasi nel progetto) il Treilhard rispose che accettava l'emendamento e propose di aggiungere « i canali, le dighe, le bonificazioni ed altre opere. » Ed il processo verbale contesta che questo articolo fu adottato con tale emendamento (2). Ma da ultimo la parola *bonificazione*, che avrebbe potuto estendere di molto la portata del nostro testo, non si è rinvenuta nella redazione diffinitiva; ecco perchè noi riguardimo come impotenti gli sforzi fatti dal Mourlon nel suo *Esame critico e pratico*(3) per combattere la opinione di coloro che prendono questo testo nel suo significato ristretto dei termini, opinione che del resto per una bene strana contraddizione egli stesso adotta nelle sue *Ripetizioni scritte* (4). La parola non si rinviene nell'articolo; è forza dunque non mettervi la cosa; e ciò che prova che questa infatti non vi è compresa si è che talune leggi speciali di cui abbiam già parlato ad occasione dell'art. 2098 (ved. n° 58) àn sembrato necessarie per conferir privilegio agli imprenditori del prosciugamento di stagni e ricerca di miniere. — Ma nell'ordine d'idee in cui dispone, il nostro articolo comporta una certa generalità. Così, si applicherà ai lavori fatti su dighe o strade, come alle opere di arte di cui la forma e la destinazione degli edifizii o delle costruzioni può renderle suscettibili; e rispetto a queste ultime opere l'articolo si applicherà, come dice la Corte di Parigi in uno dei suoi arresti (5) e siccome l'indica il testo stesso, non solo alle novelle costruzioni, ma ancora allo ricostruzioni e riparazioni.

Da un'altra banda, la legge parla di opere che il proprietario dichiarerà avere l'intenzione di fare; e con ciò indica che gli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai che essa ha in mira, sono coloro che àn contrattato direttamente col proprietario, e non mica coloro che gli architetti, imprenditori, ec., possono avere impiegati per l'esecuzione dei lavori (6). Questi operai, così impiegati in sott'opera, debbono essere assimilati, sotto il rapporto che ci occupa, ai fornitori o somministratori che ànno agito per conto di un sottrattante, ed ai quali la giurisprudenza, come abbiam veduto *supra* n° 57, nega qualunque partecipazione al privilegio stabilito in favore dei sottrattanti col decreto del 12 dicembre 1806. Così gli operai impiegati in sott'opera che agissero contro il proprietario, vuoi a nome dell'imprenditore in virtù dell'art. 1166, vuoi per loro proprio conto, in virtù dell'azione diretta ad essi accordata dallo art. 1798, non potrebbero eccepire un dritto privilegiato: nel primo caso il privilegio è impossibile, poichè agendo in nome del loro debitore, non possono escludere gli altri creditori di costui sui valori attuati dalla loro azione, essendo

(1) Ved. i rapporti del Persil (p. 89) e del Valmesnil (p. 19 sui progetti di riforma preparati nel 1819.
(2) Ved. Fenet (t. XV. p. 336), Locré (t. XVI. p. 246).
(3) Ved. *Esam. crit. e prat. del comm. ut.* del Troplong (n° 175).
(4) *Rip. scritte* (t. III p. 432).
(5) Ved. Parigi, 17 agosto 1838.
(6) Ved. Persil (art. 2103, § 4, n° 3), Rolland de Villargues (v° Privilegio, n° 213). — Ved. non pertanto Mourlon (n° 176).

questi valori il comun pegno di tutti i creditori; nel secondo caso il privilegio è senza obbiettu, poichè l'azione diretta, che essi esercitano, loro attribuisce, in esclusione di tutti gli altri creditori dell'imprenditore le somme che produce (ved. a tal riguardo il Comentario dell'art. 1798, n° 2 del Marcadè).

211. Ci rimane a notare sul primo punto, che il credito privilegiato nei termini del nostro articolo è quello risultante da ciò che puossi chiamare la vendita della materia o della industria, senza di cui la cosa non esisterebbe. Ciò è indicato dalla legge stessa, i cui termini suppongono una convenzione intervenuta tra un operaio, che avesse venduto il suo lavoro, ed un proprietario al cui immobile questo lavoro venduto viene ad aggiungersi come valore novello. Qualunque concorso di circostanze nel quale non vi fosse siffatta combinazione non potrebbe dar luogo al privilegio. Sotto questo punto di vista non possiamo approvare la dottrina di coloro che, aggiungendo alla legge, accordano un privilegio al terzo detentore o a tutt'altro per le riparazioni che ha potuto fare mentre era in possesso (1). Noi conveniamo esservi qui lacuna nella legge, e che il terzo detentore, il quale ha creduto agire per sè stesso, allorchè ha fatto queste riparazioni, avrebbe dovuto esser trattato almeno con lo stesso favore dell'architetto, dell'imprenditore, ec. In tale pensiero e per colmare questa lacuna, la Corte e la facoltà di dritto di Grenoble domandavano nelle loro osservazioni sulla riforma progettata nel 1810, che fosse aggiunto un privilegio a quelli che enumera il nostro articolo in favore di qualunque terzo detentore o di tutt'altro che, avendo posseduto l'immobile, viene in seguito ad esserne evinto, dopo avervi fatto delle riparazioni (2). Ma in fine la disposizione non è nella legge tal quale è oggidì redatta; appunto perchè essa non vi è, proponevasi nel 1810 di introdurla a titolo di innovazione legislativa. È uopo dunque ammettere che il terzo detentore, il quale avesse pagato la spesa fatta per riparazioni da lui ordinate, non avrebbe un'azione privilegiata per farsi rimborsare, e che il suo dritto a tal riguardo si restringerebbe, se vi fosse luogo, nei termini dell'art. 2175, Codice Nap. La Corte di cassazione la quale sulle prime propendeva verso la dottrina contraria, come si è potuto vedere con l'arresto del dì 11 novembre 1824 citato in nota, sembra essere rivenuta su tale punto e con due successivi arresti essa ha riconosciuto che la disposizione del nostro articolo non si applica al terzo detentore, non architetto o imprenditore, che ha fatte le migliorie (3).

Arrogi che, se le riparazioni fatte dal terzo detentore fossero state necessarie e del novero di quelle che per loro natura assicurano la conservazione della cosa, la soluzione non ne sarebbe modificata. Le spese di conservazione rispetto agl'immobili non sono privilegiate come lo sono rispetto ai mobili; lo abbiamo già detto (ved. n° 139). Poco dunque rileva che queste spese sieno semplicemente utili o necessarie; il privilegio non vi si potrebbe rannodare. Sotto l'antica giurisprudenza pare che sia stato altrimenti: il Pothier ci dice infatti nel suo trattato della *Procedura civile*: « Osservate una differenza tra colui che à conservato il fondo in modo tale che sarebbe totalmente perito senza il lavoro che vi ha fatto: tal sarebbe colui che ha fatto fare una diga, senza la quale la riviera avrebbe portato via tutto il fondo, che ne era ripuario; e colui che ha soltanto reso migliore il fondo, vuoi costruendovi degli edifizii, vuoi riparando quelli che vi erano. — Il primo ha un privilegio sul totale del fondo, avendo conservato il totale ai creditori, avendo fatto *ut res esset in bonis debitoris*; ma l'altro non debbe aver privilegio che sulla plusvalenza del fondo, chè egli non ha fatto *ut res esset in bonis debitoris*, ma soltanto *ut res esset melior*: ecco perchè uopo fare una *ventilatio* del prezzo dell'aggiudicazione, dargli privilegio soltanto su quello che si stimerà essersi il fondo venduto più di quel che nol sarebbe stato senza la spesa fattavi coi suoi danari, e distribuire il dippiù senza aver riguardo al suo privilegio (4). » Ciò era ad un tempo logico ed equo; ma nella nostra attuale legislazione nulla abbiamo di simile; non abbiamo rispetto alle spese di costruzione, ricostruzione e riparazione d'immobili altro privilegio tranne quello stabilito dal n° 4 del nostro articolo il quale, come testè dicemmo, appartiene limitatamente agli architetti, imprenditori, ec., e non può invocarsi dal terzo detentore. Or messa da banda questa disposizione non può esservene alcuna altra sulla quale il terzo detentore possa fondare un privilegio a causa della spesa più o meno necessaria che ha potuto fare per la conservazione dell'immobile di cui è stato momentaneamente in possesso. Ciò basta perchè il privilegio debba essere respinto, poichè non potrebbe esservi privilegio senza una disposizione legislativa che lo stabilisca (5).

Ciò detto sugli operai e sul genere di la-

(1) Ved. Persil (*loc. cit.*, n° 31), Mourlon (n° 178). Ved. ancora Rig., 11 novembre 1824; Amiens, 23 febbraio 1821.

(2) Ved. *Doc. pub.* nel 1814 (t. III, p. 73 e 85).

(3) Ved. Rig., 28 novembre 1838 e 8 luglio 1840.

(4) Ved. Pothier (*Tr. della proced. civ.*, n° 648.2°).

(5) Ved. Grenier (t. II, n° 410), e Duranton (t. XIX, numeri 190 e 195), Troplong (n° 245).

vori ai quali si applica il nostro articolo, vediamo in quale misura e su quali beni è garentito il credito.

212. È uopo qui penetrarsi di ciò che forma l'obbietto della convenzione tra l'architetto o l'imprenditore col proprietario dell'immobile su cui vanno ad eseguirsi i lavori di edificazione, ricostruzione o riparazione.

Nella realtà delle cose, l'architetto, l'imprenditore, il fabbricatore o altri operai vendono la materia o la industria; essi trasmettono la loro creazione che va ad incorporarsi allo immobile ed aumentarne il valore; questo valore novello adunque forma l'obbietto del contratto, e la legge ci dice in conseguenza che il privilegio dell'architetto, dell'appaltatore, del fabbricatore ed altri operai «si riduce alla plus-valenza esistente all'epoca dell'alienazione dell'immobile e risultante dai lavori che vi son fatti.» Così si determina il valore dell'immobile al momento in cui son per farsi le costruzioni (1), ecco uno dei termi di confronto; si fissa in seguito il valore dell'immobile al momento dell'alienazione, il che dà l'altro termine di confronto; e la differenza in più che può prodursi in questa seconda valutazione costituisce, in tesi generale, la plus-valenza risultante dai lavori; su tale plus-valenza ricade il privilegio. Qui non pertanto debbonsi precisare taluni punti.

213. La legge assegna al privilegio la plusvalenza risultante dai lavori: or può avvenire da una banda, che un immobile il cui valore si è accresciuto con costruzioni, acquisti una plusvalenza novella per un'altra causa, p. es., lo stabilimento di uno spiazzo, l'apertura di una strada; e da un'altra banda che mentre l'immobile si è accresciuto da un lato col lavoro e con la industria degli operai, si è scemato da un altro per effetto di un sinistro che lo ha in parte distrutto. Che cosa avverrà in tal caso? La duplice plusvalenza che noi supponiamo nella prima ipotesi sarà forse gravata dal privilegio degli operai? Il privilegio sarà forse perduto nella seconda, in cui supponiamo che l'aumento risultante dai lavori bilanci con la diminuzione prodotta dal sinistro? Su di entrambi i punti la soluzione debb'essere negativa per massima.

E di fatti ecco un immobile su cui lo fo fare delle costruzioni le quali mi costano 35,000 fr., pria dei lavori esso ne valeva 100,000; dopo i lavori ne vale 120mila, la plusvalenza quindi affetta all'architetto ed agli operai da me impiegati sarebbe di 20mila fr., se l'alienazione avesse luogo in quel punto. Ma ecco che dopo eseguiti i lavori, stimati e ricevuti, si stabilisce uno spiazzo sul quale sporgono le finestre della mia casa, nel mentre che, pria dello stabilimento dello spiazzo, la mia casa trovavasi in una strada stretta e mal ventilata. In questo stato io vendo l'immobile e ne ricavo 150mila fr. Ecco dunque una seconda plusvalenza di 30mila fr., che si produce indipendentemente dalla prima. Non monta; la prima soltanto sarà gravata del privilegio degli operai; essa soltanto è il risultato dei lavori da loro eseguiti e la legge ne dice, non solo che il privilegio abbraccia la plusvalenza esistente all'epoca dell'alienazione, ma altresì che essa riducesi alla plusvalenza esistente a tal'epoca e *risultante dai lavori*. Vero è che, se la cosa non fosse stata riparata, essa avrebbe ottenuto, mercè lo stabilimento di uno spiazzo, una plusvalenza minore, 45mila fr. forse, ed io l'avrei venduta 115mila fr., di tal che la plusvalenza di 30mila fr., prodotta dallo stabilimento dello spiazzo potendosi riferire per metà ai lavori degli operai, si sarebbe tentati a dire che gli operai debbono profittare di questa plusvalenza sino alla concorrenza della metà, il che, aggiungendo 15mila fr. ai 20 mila ammontare della plusvalenza procurata dalla loro creazione, darebbe 35mila fr., di cui sono creditori. Ma i termini della legge non si prestano a questo conteggio: essi esprimono che il privilegio riducesi alla plusvalenza *risultante dai lavori*. Gli è dunque aperto che le migliorie risultanti da un'altra causa vantaggiano senza alcuna possibile suddivisione al solo proprietario, o ai creditori che avessero dritti sullo immobile e che per conseguenza gli operai non possono ad alcun titolo estendervi il loro privilegio. Tale è l'avviso di tutti gli autori (2).

Passiamo alla seconda ipotesi. La casa di cui io son proprietario valeva 100mila fr., ed io vi ho fatto aggiungere delle costruzioni che ne han portato il valore a 120mila fr. Ma per un caso fortuito sopraggiunto in seguito, la mia casa è stata menomata o depreziata, e quando io l'ho venduta, il prezzo che ne ho ricavato, non si è elevato oltre 100mila fr., valore della casa pria delle riparazioni. Non monta: il caso fortuito è un accidente a carico del proprietario, e il cui effetto non potrebbe essere quello di distruggere totalmente il privilegio. Lo distruggerebbe senza dubbio, se la mia casa intera fosse perita, chè allora la plusvalenza sarebbe sparita con la stessa mia casa, ed il privilegio non avrebbe a sè dinnanzi il solo valore ch'esso possa colpire

(1) Ved. Bordeaux, 2 maggio 1826; Rig., 28 novembre 1858 — Ved. pure Troplong. (n° 244).

(2) È uopo eccettuare oonperlanto il Mourlon, n. 179. faremo soltanto notare che su questo punto come su quello da noi indicato al n. 210, il Mourlon si contraddice e combatte una dottrina da lui stesso ammessa nelle sue Ripetizioni scritte (t. III, p. 453).

ed affittare. Ma la casa sussiste nella massima parte; la plusvalenza rappresentata dalle costruzioni vi è rappresentata da un valore quale che sia, essendo evidente che dopo il disastro io avrei ritirato dalla mia casa un prezzo minore, se non fosse stata recentemente aumentata. Il prezzo in tal caso sarebbe stato di 80mila fr., di 90 mila fr. fors' anco; or esso si è elevato a 100mila; evvi dunque una plusvalenza di 20mila fr., o di 10mila che rimane affetta al privilegio degli operai.

In riassunto adunque, può avvenire che siavi plusvalenza, senza esservi luogo a privilegio, o senza che il privilegio si estenda a tutta la plusvalenza; come altresì e per l'opposto può avvenire che l'immobile sia venduto dopo la esecuzione dei lavori per un prezzo uguale o anche inferiore a quello che valeva pria, e che non pertanto siavi luogo a privilegio. Entrambe le situazioni si verificano nelle due ipotesi precedenti.

214. Può presentarsi ancora un altro caso ed è il più frequente; anzi potrebbesi dire che esso producesi presso che ogni volta che imprendonsi lavori di costruzione; vogliamo parlare del caso in cui la spesa è maggiore della plusvalenza risultante dai lavori. Il testo stesso della legge non permette dubbio sulla estensione del privilegio in questo caso; ed infatti è riconosciuto che il montare del privilegio non potendo eccedere i valori constatati dal secondo processo verbale (di che or ora parleremo) e riducendosi alla plusvalenza risultante dai lavori, la conseguenza è che,se il credito degli operai è superiore alla plusvalenza, essi non sono privilegiati che sino alla concorrenza di questa plusvalenza, e non possono reclamare il dippiù che come creditori ipotecarii, o anche come semplici chirografarii, secondo che abbiano o pur no un titolo traente seco ipoteca. Ciò è senza difficultà.

Ma eccone una che può nascere da tale situazione. La mia casa valeva 100mila fr., al momento in cui vi ho fatto, in riparazioni e ricostruzioni, una spesa che si è elevata a 40mila fr. In seguito essendosi ricevuti i lavori in conformità della legge, la mia casa si è posta in vendita ed è stata aggiudicata per una somma di 120mila fr. Così, ecco da un lato una spesa di 40mila fr. e da un altro una plusvalenza di 20mila soltanto. Se le cose fossero intere, gli operai che han fatto i lavori sarebbero, come creditori privilegiati, collocati per una somma di 20mila fr., montare della plusvalenza, e pel dippiù del loro credito sarebbero semplicemente chirografarii. Ma nel corso dei lavori io ho pagato a questi operai, come abitualmente si pratica, degli acconti successivi il cui totale si eleva a 10mila fr. Rimane quindi dovuta una somma di 30mila fr. Questa somma in tal caso sarà forse ammessa, almeno sino alla concorrenza di 20mila fr., montare della plusvalenza,nel rango dei crediti privilegiati? Gli autori in generale non pensano così; ma i loro sistemi variano come il risultato al quale giungono. Da una banda il Persil pensa che la quistione è risoluta dalla legge 97 ff. *De solutionibus*. « Gli è vero, ei soggiunge, che questa legge suppone due debiti di cui l'uno fosse ipotecario o privilegiato e che, nella nostra ipotesi, non vi è che una sola obbligazione verso l'architetto. Convenendo di ciò, diremo nonpertanto che, rispetto ai creditori, vi sono davvero due debiti, uno privilegiato e l'altro chirografario; che giusta le regole sulla imputazione dei pagamenti, la imputazione debbo farsi sul debito che si ha maggior interesse ad estinguere e quindi sul debito privilegiato, poichè esso grava la persona ed i beni del debitore, e ne diminuisce il credito ipotecario (1). Così, secondo il Persil,gli operai nella nostra specie verrebbero ad imputare sulla porzione privilegiata del loro credito i 10mila fr. di acconti ricevuti, e non sarebbero collocati con privilegio che per una somma di 10mila fr., poichè la plusvalenza, che è il loro unico pegno, non è che di 20mila fr.— Da un'altra banda il Grenier, la cui dottrina è più generalmente seguita, non pensa che possa esser qui quistione del caso in cui vi sieno diversi debiti contro il debitore. « Non v'è, a suo dire, che una sola obbligazione verso gli architetti ed operai; e sol per circostanze ulteriori può avvenire che questa obbligazione non sia pagata in totalità, con preferenza, sul prezzo dell'immobile affetto. Al momento di un acconto dato dal debitore e ricevuto dal creditore, essi debbono presumersi, l'uno non aver pagato, e l'altro non aver ricevuto che parte di un credito che era privilegiato, senza aver soltanto pensato che esso potrebbe non esserlo in seguito. A parer mio ne consegue che la legge 97 ff. *De solut.* non è mica applicabile alla specie, e che fa d'uopo attenersi alle regole generali sulla imputazione dei pagamenti. Si debbe seguire la seconda disposizione dell'articolo 1256 del Codice, giusta la quale, se i debiti sono di uguale natura, e tutte le cose uguali, l'imputazione debbesi fare proporzionalmente. » Tale è anche l'avviso del Dalloz e del Duranton (2). Epperò giusta questo sistema, i 10mila

(1) Ved. Persil (art. 2103, § 4, n° 10).
(2) Ved. Grenier (t. II, n° 412), Dalloz (*loc. cit.*, n° 35), Duranton (t. XIX, n° 191).

fr., di acconti nella nostra specie, dovendosi imputare proporzionalmente sul credito privilegiato che è di 20mila fr., e sul credito chirografario che è di una somma uguale, vale a dire per 5mila fr., su ciascuno dei due, ne seguirà che gli operai non potranno essere ammessi con privilegio se non per una somma di 15mila fr.

In quanto a noi rigettiamo entrambi i sistemi. Dal proprietario agli operai da lui adoperati, non vi è evidentemente che un sol debito: in ciò siamo perfettamente di accordo col Duranton, col Dalloz e col Grenier, ma appunto perchè non vi è che un sol debito, non potrebbe esser quistione di imputazione. Se gli operai avessero ricevuto dal proprietario l'intero pagamento del loro credito, la circostanza che questi fosse poscia caduto in una certa decozione non farebbe al certo che essi potessero essere molestati dagli altri creditori distribuendosi tra loro il prezzo dell'immobile sotto pretesto che, essendo pagati della totalità del loro credito, avessero ricevuto somme superiori al montare della plus-valenza. Perchè dunque potrebbero essere molestati di vantaggio ad occasione degli acconti da essi ricevuti? Questi acconti àn diminuito di altrettanto il loro credito, nel che il debitore che li ha pagati ha raggiunto lo scopo che si proponeva nel pagarli, quello di liberarsi sino alla concorrenza. Gli operai più non sono ormai creditori che del dippiù; il credito è ridotto in quanto alla cifra, ma sussiste per quello che ne rimane con tutte le garenzie e con tutte le prerogative di cui la legge lo à circondato; a dir breve, sotto tal rapporto, gli è come se il credito in origine non avesse sorpassato la somma rimasta dovuta dopo gli acconti pagati. Noi non ammettiamo dunque nè la imputazione *esclusiva* proposta dal Persil, nè la imputazione *proporzionale* proposta dal Dalloz, dal Duranton e dal Grenier; e diciamo che gli operai rimasti creditori nella nostra specie di una somma di 30mila franchi dovranno essere ammessi con privilegio sino alla concorrenza di 20mila fr. che formano il montare della plus-valenza.

215. Il privilegio dell'architetto, dell'imprenditore e degli operai esercitandosi esclusivamente sulla plus-valenza, l'interesse stesso dei creditori, non meno che la tema di frodi, doveva far subordinare l'acquisto del privilegio all'adempimento di formalità protettrici. E di fermo questa plus-valenza che il lavoro degli operai darà all'immobile, va ad incorporarsi con esso. Or questo immobile può essere gravato da ipoteche; e siccome in massima la ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopraggiunti allo immobile ipotecato (articolo 2133), ne segue che gli operai privilegiati sulla plus valenza soltanto, vedrebbero passare il loro pegno ad altri creditori, se non si prendessero delle misure per individualizzare in certo modo questa plusvalenza, per isolarla e mostrarla distintamente dallo immobile, tal quale era pria della confezione dei lavori. In tale scopo, il nostro articolo subordina l'acquisto del privilegio a questa duplice condizione: 1° che mercè un perito nominato di uffizio dal tribunale di prima istanza nell'ambito del quale sono situati gli edifizii, siasi preventivamente redatto un processo verbale ad effetto di constatare lo stato dei luoghi relativamente alle opere che il proprietario dichiarerà avere idea di fare; e 2° che le opere siensi ricevute, nei sei mesi al massimo dal loro compimento, da un perito parimenti nominato di uffizio. Così, un perito nominato, non già dalle parti stesse, *ma di uffizio dal tribunale*, un perito (che è l'uomo della legge a tal punto che le constatazioni rannodandosi alla missione di cui è investito, fanno fede sino alla inscrizione in falso) (1) deporrà in un processo verbale redatto *preventivamente* a tutti i lavori, gli elementi sui quali potrà fissarsi il valore che aveva lo immobile al momento in cui si sono impresi i lavori; poscia, sei mesi al massimo dopo il compimento dei lavori, un altro perito o anche lo stesso, nulla opponendosi alla scelta di quel medesimo (2), procederà su di una novella nomina, emanata altresì da un tribunale, alla ricezione dei lavori e redigerà un secondo processo verbale, nel quale si troveranno gli elementi proprii a determinare l'attuale valore dell'immobile. Tali sono le formalità imposte dalla legge.

216. Queste formalità sono sostanziali; il privilegio non potrebbe esistere, se si mancasse ad adempierle. Molte decisioni àn consacrato la regola in modo generale, non solo nel caso in cui trattavasi di riparazioni, ma ancora nel caso in cui trattavasi di novelli edifizii, di costruzioni ad elevarsi su di un terreno vago e nudo (3). Non pertanto la regola è stata sconosciuta dalla Corte di Bastia in un caso particolare: la Corte rannodandosi all'uso generalmente seguito nella città di Bastia « in cui, essa dice nel suo arresto, una considerevole quantità di case sono state co-

(1) Parigi, 2 dicembre 1833.
(2) Ved. Delvincourt (t. III, p. 286), e Persil (art. 2103, § 1, n° 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 32).
(3) Ved. Bordeaux 26 marzo 1834, Parigi, 6 marzo 1834 e 26 marzo 1836; Rouen, 12 luglio 1811; Parigi, 25 novembre 1843 (Dalloz. 44, 2, 30; *J P*, 1843, t. II, p. 795).

struite da molti anni in qua, e le costruzioni si fanno in buona fede, giusta le convenzioni tra l'operaio ed il proprietario, senza che si proceda a preventiva constazione dello stato dei luoghi ed a processi verbali di ricezione di lavori » aveva creduto poter ammettere il privilegio, senza siffatte constazioni. Ma come ben si comprende, l'uso, quale che ne sia la generalità, non potrebbe prevalere contro la disposizione imperativa della legge: epperò lo arresto della Corte di Bastia fu cassato: e sul ricorso la Corte di Cassazione sanzionando una dottrina sì nettamente indicata dalla legge, che il dubbio stesso non sembra possibile, ha dichiarato che nel manco dei processi verbali richiesti dal nostro articolo, il privilegio dell'architetto o dell'imprenditore non può avere alcuna esistenza legale (1).

217. Non basta che le formalità siensi adempite, è uopo inoltre che lo sieno nelle condizioni determinate dalla legge. Essa parla di una prima constatazione *preventiva* a tutti i lavori, e poi di un secondo processo verbale di ricezione dei lavori nei sei mesi dal compimento di essi. Se dunque l'architetto o l'imprenditore lasci trascorrere più di sei mesi, dopo che ha compiuti i lavori senza farli ricevere; se quando ha cominciato ad eseguirli ha trascurato di far procedere alla constatazione dello stato dei luoghi, non acquista il suo privilegio; quand' anco i lavori avessero procurato una evidente plusvalenza, manifesta per sè stessa, il credito dell'architetto o dello imprenditore non è meno semplicemente chirografario: l'ipoteca potrà forse rannodarvisi, vuoi in virtù della convenzione, se vi è luogo, vuoi in forza di una sentenza, se il creditore fa condannare il suo debitore; ma il privilegio ormai non vi si rannoderà,chè il creditore non ha mica adempito, o il che vale lo stesso, non ha adempito che imperfettamente le formalità che avrebbero potuto fargliele acquistare. Tale è la regola.

218. E non pertanto per quanto possa sembrare assoluta, possono esservi introdotti taluni temperamenti, purchè sia sodisfatto il pensiero della legge, purchè lo scopo ne sia raggiunto. Or quale è stato lo scopo ed il pensiero della legge? « Allorchè l'art. 2103, dice a tal riguardo il Persil, con perfetta aggiustatezza, richiede che, pria delle costruzioni, si faccia processo verbale dello stato dei luoghi, allorchè in seguito fa dipendere il privilegio dell'architetto da un secondo processo verbale constatante la ricezione dei lavori, allorchè da ultimo riduce questo privilegio alla plusvalenza occasionata dalla costruzione, è uopo senza dubbio prestargli un motivo, e certamente non lo si può trovare che nella intenzione di rendere indipendente da tutti gli altri dritti il privilegio degli architetti, per la certezza che gli altri creditori troveranno così il pegno che avrebbero avuto, se non si fossero fatte le costruzioni (2) ». Ciò posto, occorrebbe dire, che un qualche ritardo nella redazione del processo verbale constatante lo stato primitivo dei luoghi ed il fatto che questo processo verbale fosse stato redatto, allorchè i lavori sarebbero già incominciati, non faranno ostacolo all' acquisto del privilegio, se per altro i lavori eseguiti non avessero arrecato allo stato dei luoghi mutamenti tali che fosse ormai impossibile fissare in modo certo il primitivo valore dello immobile. La Corte di Bordeaux ha considerato anzi come valido e sufficiente ad effetto di fare acquistare ad un imprenditore il suo privilegio sulla plusvalenza dell'immobile, il processo verbale redatto *giusta i ragguagli delle parti* e lo stato dei luoghi, solo dopo che i lavori eransi incominciati (3). Si era andar troppo oltre. I ragguagli delle parti sono elementi di cui qui non potrebbesi tener conto; è uopo al contrario diffidarne, a causa dell'interesse che le parti possono avere ad esagerare le cose per estendere il privilegio; la stessa legge ci insegna questa diffidenza, non dando alle parti la facoltà neppure di nominare il perito che attesterà lo stato dei luoghi (*ved.* n. 215). Ma l'arresto suppone in pari tempo che, nella specie, i lavori eseguiti lasciavano ogni possibilità di riconoscere l'antico stato dei luoghi; e sol perciò sfugge alla censura. Noi crediamo infatti che in tutte le circostanze in cui il processo verbale, tutto che tardivo purchè fatto nel corso dei lavori, darà il mezzo di fissare precisamente il valore che avrebbe avuto l'immobile, se non fosse stato l'oggetto di novelle costruzioni o riparazioni, sarà raggiunto lo scopo della legge, ed obbedita la sua volontà in condizio i sufficienti perchè il costruttore acquisti il suo privilegio. La Corte di cassazione ha dichiarato nonpertanto, in due diverse riprese, che il processo verbale non fa acquistare il privilegio che in quanto sia redatto *preventivamente* ai lavori (4); ma nel merito questi due arresti non contraddicono la nostra dottrina; al contrario la confermano virtualmente, in quanto che constatano nei loro motivi che i lavori di costruzione o di demolizione anteriori al processo verbale impedivano, nella

(1) Ved. Cass. 11 luglio 1855 (Dev., 55, 1, 699).

(2) Ved. Persil (*Quest. sui Priv. e le Ipot.*, t. I, pag. 142)

(3) Ved. Bordeaux, 2 maggio 1826. — Conf. Persil (*Reg. Ipot.*, art. 2103, § 4, n° 1), Dalloz (*loc. cit.*, n° 31). Troplong (n° 245).

(4) Rig., 20 novembre 1839, e Rig., 1 marzo 1853 (Dalloz, 53, 1, 216, Dev., 39, 1, 903, e 53, 1, 363).

specie, che si potesse riconoscere il valore dell'immobile pria di qualunque lavoro.

219. Questi stessi arresti della Corte di Cassazione decidono inoltre che, in tal caso, non solo il costruttore non ha alcun privilegio sui lavori anteriori al processo verbale, ma ancora ch'egli non acquista neppur privilegio sulla plusvalenza risultante dai lavori effettuiti posteriormente al processo verbale. Sotto tal rapporto la soluzione è contestabile oltre ogni dire. Che la plusvalenza risultante dai lavori anteriori rimanga incorporata all'immobile e vada ad aumentare il pegno dei creditori iscritti su questo immobile, ben è necessario, poichè pel fatto suo l'architetto o il costruttore si è posto nella impossibilità di mostrare questa plusvalenza distintamente dall'immobile al quale l'ha procurata. Ma pei lavori che il costruttore va ad eseguire dopo aver fatto redigere il processo verbale è tutt'altro. Qui il costruttore è nelle condizioni stesse della legge per l'acquisto del privilegio; chè rispetto a tali lavori il processo verbale è davvero *preventivo*. Perchè dunque il privilegio sarebbe ricusato? Lo spirito della legge al certo condanna una interpetrazione sì rigorosa del testo; la giustizia e la equità non permettono neppure di soffermarvisi. È ben raro, ci è forza dirlo che sia adempita questa formalità di un processo verbale preventivo a tutti i lavori. Questa negligenza potrebbesi forse giustamente rimproverare all'imprenditore? Certo che no. L'imprenditore che esigesse il preventivo adempimento di questa formalità sarebbe male accolto dal proprietario, di cui sembrerebbe, operando così, porre in dubbio la solvibilità ed il credito. Egli nulla richiede, per tema che volendo troppo proteggere sè stesso, non tenga scontento il proprietario, e non fallisca l'affare che costui voleva affidargli. Ei si pone dunque all'opera. Indi, quando nel corso dei lavori vede diminuire il credito del proprietario, quando a causa di ciò vuol prendere, almeno per quanto gli resta a fare, quelle sicurezze che più non può avere per quanto ha già fatto, gli si opporrebbe una decadenza! Evidentemente, tale non ha potuto essere il pensiero della legge. Tutto dunque concorre ad indicare che, quando il processo verbale che avrebbe dovuto precedere i lavori è fatto sol quando i lavori sono in corso di esecuzione, evvi luogo a far distinzione tra quelli che han preceduto e quelli che han seguito, e che se la plusvalenza risultante dai primi debbesi lasciare all'immobile ed ai creditori che vi possono avere acquistato dei dritti; la plusvalenza risultante dai secondi, ne debbe essere distaccata per rimaner gravata del privilegio speciale dell'architetto, dell'imprenditore e degli operai. Tale è la giurisprudenza della Corte di Parigi, (1) essa è di molto preferibile a quella della Corte di cassazione.

(1) Ved. Parigi, 6 marzo 1831 e 17 agosto 1833.

220. Notiamo, terminando sul dritto degli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai, che il privilegio consacrato dalla legge in lor favore è della natura della convenzione che formasi tra essi ed il proprietario che li adopera. Poco dunque rileverebbe che il contratto conchiuso in origine tra il creditore e il debitore non facesse menzione alcuna del privilegio. Qui come sempre il privilegio è inerente al credito: esso ha la sua causa nella qualità, nel favore di questo credito; la legge lo consacra indipendentemente da qualunque stipulazione. Così anche nel silenzio della convenzione o del contratto, il privilegio sarebbe acquistato all'operaio, e ciò anche contro il volere del proprietario, mercè l'adempimento delle formalità alle quali ne è subordinato l'acquisto.

Ma l'abbiam già più volte detto, queste formalità sono di raro adempite, ed appunto perciò il privilegio ha di rado l'occasione di prodursi. Tutto quel che precede ne fa vedere la ragione. Il numero stesso delle forme alle quali ne è subordinato l'acquisto, e quel che è d'uopo spendere per osservarle, l'incertezza esistente sulla estensione di esso, la insufficienza di garenzia che troppo spesso offre la plusvalenza; tutto ciò fa sì che il privilegio consacrato dal nostro articolo è quello a cui men si pensa per assicurare i dritti del costruttore che imprende dei lavori a conto di un proprietario il quale poi non lo pagherebbe. Ciò non vuole dire che questi dritti legittimi sieno abbandonati; soltanto nella pratica vi si provvede con altri mezzi. Eccone taluni di quelli che abbiam veduto posti in pratica.

Delle due l'una, o il proprietario che prescrive i lavori à danaro a sè, o pur no.

Se il proprietario ha danaro, lo deposita, a titolo di pegno, tra le mani di un terzo incaricato di versare i fondi all'imprenditore a misura che progrediscono i lavori, p. es. un quarto dopo la costruzione delle cantine e pianterreni; un altro quarto allorchè la fabbrica e i solai del primo o secondo piano sono compiuti; il terzo quarto dopo posto il tetto; l'ultimo quarto dopo la chiusura diffinitiva dei lavori.

Se il proprietario non ha danari, si presentano diversi mezzi.

O tutto è stipulato fra l'imprenditore e il proprietario, ed allora si conviene in un con-

tratto constatato da un atto registrato col diritto di 2 fr. per 100, e la cui esecuzione è assicurata da una ipoteca conferita dal proprietario.

Ovvero, se l'imprenditore non ha mezzi, e se ha d'uopo di fondi più che di un credito, l'affare si conchiude con l'aiuto di un terzo, vuoi mercè l'apertura di un credito, vuoi mercè un mutuo.

Così, il proprietario si farà aprire da un banchiere o da tutt'altro un credito uguale al valore presunto dei lavori, con una ipoteca sull'immobile, la quale prenderà rango dall'apertura del credito; indi con un atto particolare che d'ordinario è il cottimo, ed in cui si delega all'imprenditore il montare del credito, si stipula che i fondi provvenienti da siffatto credito saranno rimessi all'imprenditore delegatario a misura dei lavori nei termini da noi testè indicati;

Ovvero nel manco di apertura di credito, il proprietario prenderà a mutuo la somma di cui ha bisogno, affettando ipotecariamente il suo immobile al mutuante; indi depositerà i fondi mutuati nelle mani di un terzo, a titolo di pegno.

Di questi due ultimi mezzi, il primo sarebbe il meno dispendioso al certo, in grazia delle frodi che con grandissimo torto credonsi sempre permesse verso il registro, poichè l'atto di apertura di credito è registrato a dritto fisso, e il contratto può farsi sotto privata scrittura e non registrarsi che nel caso di contestazione. Nonpertanto nella pratica si ricorre a questo mezzo molto timidamente, perchè esso non è ancora sufficientemente fortificato su quanto concerne la validità o il rango dell'ipoteca stipulata in un atto di apertora di credito. Soggiungiamo che può esservi una altra difficoltà, di cui dovremo occuparci nel trattare della ipoteca legale: si è quella di sapere se la delegazione fatta nel contratto all'imprenditore costituisca il contratto di pegno sottoposto, per la sua validità, alle forme degli art. 2074 e 2075, vale a dire la redazione di un atto, il registro di esso e la consegna del titolo di credito; o se al contrario costituisca qualche cosa di particolare e di distinto dal contratto di pegno. — Non è questo il caso di occuparci ora di siffatta difficoltà; non abbiam voluto in quanto al presente che indicare le vie e i mezzi coi quali nell'uso si è sostituito un privilegio circondato da formalità troppo minuziose e al quale le troppo incertezze non permettono di fidarsi.

V.—221. *Dei prestatori di danari*.—Come già abbiam detto al n. 184, noi qui ritroviamo non già un quarto privilegio speciale sugl'immobili, ma un privilegio che si confonde con quelli di cui abbiam parlato, per effetto della surrogazione su cui esso è fondato. È una specie di sott'ordine nel quale ricadono i privilegi già noti, con la differenza che invece di esercitarsi dal creditore primitivo lo sono dal suo avente causa. Il nostro articolo consacra a tale oggetto due distinte disposizioni (i n. 2 e 5): una in favore di quelli che han fornito i danari per l'acquisto di un immobile e che con ciò acquistano il privilegio del venditore; l'altra in favore di coloro che han prestato i danari per pagare o rimborsare gli operai e che con ciò acquistano lo stesso privilegio degli operai. Nonpertanto le condizioni di questa surrogazione, che fa così passare l'avente causa nel posto del creditore primitivo, sono esattamente le stesse in entrambi i casi. A questo punto di vista, i redattori dell'art. 2103 sarebbero stati più metodici se, dopo la enumerazione dei tre privilegi principali, di cui abbiam presentato la spiegazione, avessero detto, in modo generale (come proponeva di dire la Corte di Grenoble nelle sue osservazioni sui progetti di riforma del 1840) (1); « Coloro che han prestata i danari per pagare o rimborsare i creditori privilegiati qui sopra designati eserciteranno lo stesso privilegio di questi creditori, porchè sia autenticamente constatato dall'atto di motuo che la somma era destinata a tale impiego, e con la quietanza che il pagamento del credito privilegiato è stato fatto coi danari tolti a mutuo. » In ciò sarebbevi stato non solo il vantaggio di un miglior metodo, ma ancora quello di una verità giuridica più completa; chè in questi termini e con siffatta disposizione generale, la legge avrebbe consacrato altrettanti privilegi sussidiarii o in sott'ordine per quanti vi ha privilegi principali; mentre che il nostro articolo, non parlando della surrogazione che rispetto ai privilegi del creditore e a quello degli operai, sembra fare una eccezione relativamente al privilegio del condividente, eccezione cui nulla spiega e che, anche nel silenzio del nostro articolo, non potrebbe essere opposta con successo al mutuante che avesse surrogato un condividente.

222. Potevasi fare anche meglio, soppriemendo cioè delle disposizioni le quali, limitandosi a riprodurre i principii della surrogazione convenzionale consacrati dal n. 2 dell'articolo 1250, Cod. Nap., sono appunto perciò superflue nel nostro art. 2103. E di fermo quando la regola era fermata in modo generale al titolo *delle Obbligazioni*, non v'era alcuna necessità di riprodurla per casi particolari. Così han pensato i redattori della legge belga del 16 dic. 1851 che ha riformato il re-

(1) Ved. *Doc. publ.* nel 1844 (t. II p. 77).

gime ipotecario nel Belgio (1), e vedesi all'art. 27, in cui sono enumerati i diversi privilegi speciali sugl'immobili che quello dei mutuanti di danaro è stato, non già abolito certamente, ma cancellato dalla legge ipotecaria come superfluamente enunciato. È a deplorarsi che l'art. 2103 non siasi a tal riguardo tenuto nella stessa riserva. Il metodo vi avrebbe guadagnato, il che è già ben qualche cosa; ma in oltre la interpetrazione sarebbe stata scevra da una delle difficoltà che l'hanno impacciata. Così, soventi si sono preoccupati nella pratica del punto di sapere se, dacchè il nostro articolo si riferisce al n. 2 dell'art. 1250, di cui in certo modo ripete la disposizione, ne segua che abbia inteso escludere, come mezzo di conferire il privilegio, la surrogazione convenzionale definita e regolata dal n. 1 dello stesso articolo; in altri termini se il mutuante che paga direttamente il venditore, facendosi surrogare *con quietanza autentica* non acquista il privilegio al pari di colui che presta con atto autentico e fa dichiarare nella quietanza l'origine dei danari. In dritto non vediamo dove possa essere la ragione di dubitare in ciò: non v'è infatti serio motivo sul quale si possa ricusare la surrogazione e il privilegio, in una forma piuttosto che nell'altra. Ma la quistione non ne preoccupava meno gli animi, al punto che fu portata innanzi l'Assemblea nazionale nella recente discussione, di cui la riforma ipotecaria è stata l'obbietto, e l'Assemblea aveva creduto doverla troncare sopprimendo il n. 2 del nostro articolo e rinviando in modo generale all'art. 1250 per la forma della surrogazione (2). Checchè ne sia, vediamo a chi appartiene questo privilegio in sott'ordine, di cui il nostro articolo ha creduto dover qui parlare, in che consiste e quali ne sono le condizioni costitutive.

223. Al prestatore di danari la legge accorda il favore del privilegio; essa lo dice relativamente a colui che à fornito i danari per l'acquisto di un immobile; lo dice parimenti rispetto a colui che ha mutuato i danari per pagare o rimborsare gli operai: nulla di simile esprime in favore di colui che avesse fatto ad un coerede o condividente l'anticipo o il prestito dei fondi necessari per la soddisfazione di un credito, di cui costui fosse gravato dalla divisione. Ma noi già sappiamo (n. 221) esser questa una omissione, di cui è uopo non tener conto e che, mercè il favore del dritto comune, il privilegio del condividente è trasmessibile per via di surrogazione al pari di quello del venditore, o di quello degli operai.

La causa del privilegio è il *prestito dei danari*; in questo senso consideriamo come ben pronunziata una decisione della Corte di Rennes, da cui risulta che il benefizio del nostro articolo può invocarsi da colui che, in vista di una sentenza che ordina lo spossessamento di un acquirente per manco di pagamento, ha impedito la esecuzione della sentenza, fornendo i danari necessarii per pagare l'acquisto e liberare l'acquirente sul punto di essere spossessato (3).

Ma la causa del privilegio si produce forse parimenti per es. nel caso di un acquisto fatto dal marito, con dichiarazione che i danari provvengano dall'alienazione di un bene proprio della moglie? Costei dovrassi forse considerare come mutuante di danari in tal caso? La ragione di dubitare si è che l'acquisto è stato realmente fatto coi danari della moglie, e che non accettando costei il reimpiego, l'immobile cade nella comunione, la quale è debitrice verso la moglie dalla somma provveniente dal proprio alienato. Ma la ragione di decidere si è che in realtà la moglie non ha mica *prestato* a suo marito i danari da lui impiegati all'acquisto dell'immobile. Essa potrà senza dubbio non accettare il reimpiego, e l'immobile allora ricadrà nella comunione. Ma la legge ha preveduto questa eventualità, e accordando alla moglie il dritto di domandare, allo scioglimento della comunione, il rimborso del prezzo del suo immobile alienato, essa ha voluto che questo rimborso fosse garentito soltanto con l'ipoteca legale, (art. 2135). La moglie non potrebbe dunque aver dritto ad alcun'altra sicurezza. La legge forse non ha fatto molto in questo caso; tale almeno era il pensiero della Facoltà di dritto di Grenoble la quale, nelle sue osservazioni sui progetti di riforma ipotecaria, proponeva « di accordare alla moglie o al minore il privilegio del mutuante di danari, tutte le volte che i mariti o i tutori acquistano un immobile, e lo pagano facendo impiego dei danari della moglie o del minore, che ànno in lor potere, e la cui origine è legalmente giustificata mercè un atto pubblico, atteso che, diceva la Facoltà, non è già molto in tal caso dell'ipoteca legale, la quale non può rimontare che al giorno del matrimonio o della tutela, e che la moglie o il minore debbono, mercè il privilegio, primeggiare anche i creditori anteriori (1) ». Ma la legge non è tanto favorevole; e poichè essa ha creduto

(1) Ved. *Commen. legisl.* dal Delebeque (p. 137).
(2) Ved. l'art. 2105 come era stato preparato per la terza deliberazione.

(3) Ved. Rennes, 23 maggio 1827.
(4) Ved. i Docum. pubb. nel 1814, (t. III, p. 83).

dever attenersi all'ipoteca legale, il privilegio debb'esser posto da banda (1).

224. Il mutuante di danari essendo un semplice surrogato ai dritti di colui al quale presta, ne segue che il privilegio di cui qui trattasi non differisce, nè in quanto al suo obbietto, nè in quanto alle cose che affetta, dai tre privilegi speciali di cui abbiam parlato: è, come abbiam detto, lo stesso privilegio, con la sola differenza che invece di esercitarsi dal creditore primitivo, è esercitato dal suo avente causa. Così, colui che avesse fornito danari per lo acquisto di un immobile sarà sostituito al venditore e privilegiato, come sarebbe stato il venditore, (se il prezzo non gli fosse stato pagato coi danari del prestito) sull'immobile venduto; colui che avrà prestato fondi pel pagamento di un pareggiamento di divisione sarà, come sostituito al creditore del pareggiamento, privilegiato sugl'immobili compresi nella quota del condividente dal quale era esso dovuto; colui che avrà prestato fondi per pagare o rimborsare operai godrà, come messo nel luogo degli operai, del privilegio che avrebbero avuto costoro sulla plus-valenza risultante dai lavori.

Ma è uopo notare che la garentia del privilegio, il quale per effetto della surrogazione trovasi trasferito dal creditore primitivo al mutuante di danari, non ha luogo che nei limiti del credito risultante dal prestito da costui fatto. P. es. io vi ho venduto mercè 100mila fr. un immobile che voi mi avete pagato sino a concorrenza di 50mila fr. mediante fondi da voi tolti a prestito da Pietro. Io rimango col mio privilegio di venditore per 50mila fr. che tuttora mi dovete, e Paolo non è surrogato al mio privilegio che per gli altri 50mila fr. che vi à prestato. E non solamente io rimango privilegiato per la metà del prezzo che mi è ancora dovuto, ma ho altresì, rispetto al mutuante che mi è surrogato per l'altra metà, il beneficio risultante dall'art. 1252, ai termini del quale la surrogazione non può nuocere al creditore, allorchè non è stato pagato che in parte, nel qual caso costui può esercitare i suoi dritti, per quanto gli rimane dovuto, in preferenza di colui dal quale non ha ricevuto che un pagamento parziale. Così, voi siete espropriato dall'immobile da me venduto per 100mila fr., e l'aggiudicazione ne è fatta mercè 80mila soltanto. Io verrò con privilegio su questo prezzo pei 50mila fr. che mi restano dovuti, e Pietro, vostro locatore di capitali, tutto che surrogato al mio privilegio pei 50mila che vi ha mutuati, non avrà dritto che ai 30mila residuo sul prezzo della aggiudicazione. Senza dubbio sarebbe stato più giusto di dargli per la parte nella quale è surrogato, gli stessi dritti che la legge mi riserba pel resto, in modo che noi prendessimo ciascuno la nostra parte afferente nel prezzo della aggiudicazione; con ciò io avrei avuto ancora un vantaggio, poichè avendo ricevuto 50 mila fr. contanti al tempo della vendita, e ricevendone 40 mila sul prezzo della aggiudicazione, io avrei riscosso in definitiva 10 mila fr. di più, che se non avesse avuto luogo la surrogazione (2). Ma in fin dei conti la legge ha altrimenti disposto, e fa d'uopo sottoporvisi.

225. Arrogi che il mutuante di danari, il cui dritto si cancella innanzi a quello del venditore al quale è surrogato, potrà ancora secondo l'occorrenza, cancellarsi altresì innanzi a quello dei creditori del venditore. P. es. il mio immobile che io vi ho venduto per 100 mila fr. era gravato da tre ipoteche in favore di Pietro, Paolo e Giuseppe, ai quali è stato delegato il prezzo di 100 mila fr. tra noi stipulato. Giacomo vi à prestato, facendosi surrogare, una somma di 50 mila fr. da voi impiegata a soddisfare Pietro e Paolo, miei creditori ipotecarii, primi iscritti. Indi l'immobile è sequestrato e venduto su voi acquirente. In tale situazione il dritto di Giacomo, mutuante del danaro, dovrà cancellarsi in pria innanzi quello di Giuseppe, mio terzo creditore, che essendo a me preferibile, sarà collocato il primo; poi dovrà cancellarsi ancora a fronte di quello che ho io stesso in forza dell'art. 1252, Cod. Nap. come venditore rimasto creditore di una porzione del prezzo della vendita che vi ò contentito. Ciò non vien messo in disputa.

Ma evvi qualche difficoltà sul punto di sapere, se la soluzione sarebbe la stessa nel caso in cui il mutuante di danari fosse stato surrogato, non già al venditore, ma ai creditori del venditore, pagati coi fondi ch'egli avesse prestati. La quistione si presentò sotto l'antica giurisprudenza e vi fu risoluta affermativamente nelle circostanze seguenti riferite dal Renusson (3). Il sig. Barillon aveva venduto le sue terre di Bellair e Supploire al sig. de Vignole per 37mila lire, pagabili ai suoi creditori che aveva nominati e delegati col contratto ed oltre a questa somma col peso di pagare una rendita fondiaria di 2mila lire; l'acquirente sarebbe entrato in pagamento ed avrebbe pagato ai più antichi creditori che gli erano stati designati nel contratto sino

(1) Persil, (Quest. t. I, c. 3, § 4), Dalloz (loc. cit., n. 23), Duranton (t. XIX, n. 176).

(2) Ved. le osserv. crit. del Marcadè su l'art. 1252 (t. III, n. 713).

(3) Renusson, surrogaz. (c. 13, n. 10 e 11).

a concorrenza di 58mila lire che aveva tolte in prestito, con dichiarazione e surrogazione, a pro di coloro che gli avevano prestato i loro danari. Il sig. de Vignole era ancor debitore del prezzo del suo acquisto in lire 27 mila, oltre la rendita fondiaria di 2mila lire, di cui le dette terre erano gravate. Indi le terre fu sequestrate realmente a richiesta dei creditori del sig. de Vignole, la vendita e l'aggiudicazione vennero eseguite innanzi al siniscalco di Anjou, sede di Angers, il sig. Barillon si oppose, per le 27 mila lire restanti, a pagare ai creditori ch'egli aveva delegati, e per la rendita fondiaria di 2mila lire ch'erasi riserbata, della quale eran dovute parecchie annoalità, ei fece la sua domanda contro i creditori dell'acquirente, poichè fossero tenuti a far vendere le due terre a sì alto prezzo che i creditori che aveva delegati col contratto fussero interamente pagati, oltre al peso della rendita fondiaria di 2000 lire; in caso diverso ei rientrerebbe nella proprietà e nel godimento delle due terre. — Il luogotenente generale di Angers rigetta la sua domanda, fondandosi su che i creditori del sig. de Vignole acquirente erano stati surrogati ai dritti e alle azioni dei creditori del sig. Barillon, che erano stati saldati dei loro denari e che dovevano avere la stessa ipoteca e lo stesso privilegio. Con l'arresto reso nella gran Camera il 7 settembre 1671, la sentenza fu infirmata. « Con questo arresto, soggiunge il Renusson, si è giudicato che coloro i quali avevano prestato i loro danari all'acquirente per pagare i più antichi creditori del venditore e che erano stati sorrogati ad un antico creditore del venditore, non dovevano essere pagati se non dopo che il prezzo della cosa venduta fosse stato interamente pagato al creditori del venditore, per la ragione che la surrogazione consentita dagli antichi creditori del venditore che avevano ricevuto il loro pagamento, non doveva nuocere nè pregiudicare al venditore ed agli altri suoi creditori, o che dovevano essere interamente pagati del prezzo della cosa venduta in preferenza di coloro che avevano prestato i loro danari all'acquirente. Questo arresto è giustissimo, e la giustizia ne è palpabile ed evidente. » Siffatta dottrina, tottochè respinta dal Troplong (1) ci sembra dover essere anche oggidì seguita per gli stessi motivi che invoca il Renusson (2). Soggiungiamo che, nella specie, i capitali son forniti per pagare, non già i tali o tali altri creditori iscritti sull'immobile, ma lo stesso venditore nella persona dei creditori ai quali à delegato il prezzo. Il mutuante di danari debbe dunque esser surrogato al venditore, nella verità delle cose.

226. Un caso particolare che è uopo rammentare, terminando su questo secondo punto che presenta ad esaminare il privilegio di cui qui ci occupiamo, è regolato dal Codice di procedura: vogliam parlare del caso in cui il mutuante di danari avesse prestato per pagare l'acquisto di immobili pegnorati. In massima, la parte sequestrata non può, a contare dal giorno della trascrizione del sequestro, alienare gl'immobili pegnorati, a pena di nullità o senza che siavi d'uopo di farla pronunziare, Cod. pr., art. 686. Nonpertanto, se si facesse un'alienazione contrariamente a questo divieto, la legge permette che l'atto riceva la sua esecuzione, purchè pria del giorno fissato per l'aggiudicazione, l'acquirente consegni una somma sufficiente per soddisfare in principale, interessi e spese quel che è dovuto ai creditori iscritti, del pari che al sequestrante e che l'atto di consegna lor sia notificato (art. 687). Supponiamo ora che i danari così depositati sieno stati mutuati dall'acquirente, l'art. 688, Cod. pr. dispone che i mutuanti non avranno ipoteca che *posteriormente ai creditori iscritti al tempo dell'alienazione.* Si è talvolta detto che ciò costituisce una eccezione o una modificazione alla regola su cui è fondato il privilegio dei mutuanti di danaro (3); ciò ne è anzi la conferma o la deduzione logica. Poichè per effetto della surrogazione il mutuante di danari acquista il privilegio attribuito dalla legge al creditore primitivo, la surrogazione non deve evidentemente trasmettergli i dritti di questo creditore che nella misura in cui avrebbe potuto esercitarli egli stesso. Or la parte sequestrata che vende nelle circostanze indicate dall'art. 686, Cod. pr. non può trasmettere la cosa all'acquirente, o almeno costui non può restarne proprietario, giusta l'art. 687, che col peso di pagare i crediti iscritti, o di consegnarne il montare, e la parte pegnorata non avrà dritto al prezzo che sol quando rimanesse qualche cosa dopo il pagamento di tali crediti. Quegli adunque il quale consente a prestare dei capitali all'acquirente deve soffrire, che costui adempia alle sue obbligazioni, e non può avere maggiori dritti della parte pegnorata alla quale è surrogato.

227. Ci resta ora a parlare delle condizioni alle quali è subordinato l'acquisto del privilegio. La legge spiega a tal riguardo che il privilegio è acquistato, purchè sia autenticamente

(1) V. Troplong (t. I, n. 234).
(2) Ved. in questo senso Grenier (t. II, n. 391). Mourlon (n. 163).
(3) Ved. Grenier (t. II, n. 396).

constatato, con l'atto di mutuo, che la somma era destinata, vuoi all'acquisto di un immobile, vuoi a pagare o rimborsare gli operai, e con la quietanza del venditore che il pagamento si è fatto coi danari tolti a mutuo. Niente altro si richiede, e sarebbe aggiungere alla legge il volere inoltre che la sorrogazione fosse indicata con una espressa menzione negli atti di mutuo e di quietanza. Il mutuo, la destinazione, la conseguenza dell'impiego a tale destinazione, dice giustamente il Tarrible, indicano pienamente che la intenzione del mutuante e del mutuatario è che il primo rimane surrogato ai dritti del creditore; e la surrogazione debbesi operare senza il soccorso di questa espressione teorica, mercè il solo adempimento delle enunciazioni volute dalla legge (1).

228. Non è neppur necessario che il mutuo e l'impiego sieno constatati con un solo e medesimo atto. La legge vuole essere assicurata soltanto che i danari prestati sono stati destinati ad un impiego determinato, l'acquisto di un immobile o il rimborso degli operai, e che i danari ben ànno ricevuto affatto impiego. Or la certezza a tal riguardo può risultare da due atti successivi di mutuo e di quietanza, del pari che da un solo atto constatante ad un tempo il mutuo, la destinazione e l'impiego(2).

Anzi si è sostenuto che qualunque sia lo spazio di tempo che separa i due atti, la condizione della legge è compiuta, e il privilegio debbe essere ammesso, purchè gli atti constatino che i fondi sono stati forniti dal mutuante, vuoi per l'acquisto di un immobile, vuoi per pagare o rimborsare gli operai (3). Ed in massima, ci è forza dirlo, la pretesa è esatta; chè la legge non ha subordinato l'acquisto del privilegio ad una quistione di tempo; essa non ha detto che il mutuante sarà decaduto, se il pagamento fatto coi danari da lui forniti, non sia effettuito nel tale o tale altro termine; essa non ne à fissato alcuno. Come dunque potrebbesi contestare al prestatore di capitali il suo privilegio pel solo pretesto che fosse trascorso un maggiore o minor tempo fra il pagamento e il mutuo? Gli è aperto che si cadrebbe nelle incertezze e nello arbitrio dell'antica giurisprudenza in cui, tacendo parimenti i testi, vedevansi riprodotte le opinioni più svariate e più divergenti; taluni esigendo che l'impiego fosse fatto, se non con lo stesso atto, almeno lo stesso giorno del mutuo; taluni altri accordando fino alla dimane, altri concedendo un termine di tre giorni, altri da ultimo accordandone sino ad otto. Ma qui non pertanto fa mestieri notare, che la legge accorda ai tribunali, per la forza stessa delle cose, un dritto di valutazione sull'esercizio del quale questa circostanza di tempo potrà essere un elemento notevole e qualche volta decisivo. Evidentemente, se il mutuo e l'impiego dei capitali ànno avuto luogo ad intervalli troppo lontani, i magistrati si mostreranno tanto più facili sulle altre circostanze suscettibili a far supporre che i fondi non àn ricevuto lo impiego al quale erano destinati; chè, in sè stesso, il fatto che l'impiego segue il mutuo molto da lungi contiene già un grave indizio che il debitore si è liberato con altri fondi che quelli ricevuti dal mutoante, al quale pretende far acquistare il privilegio del creditore. Così, tutto che la legge non fissi un termine necessario o non faccia risultare alcuna decadenza da che l'impiego non siasi fatto al più tardi in un dato giorno, sarebbe d'uopo non credere che questo elemento di tempo sia senza influenza sulla soluzione della quistione relativa all'acquisto del privilegio: i giudici vi scorgeranno al contrario uno dei mezzi che debbono concorrere a fermare la loro convinzione in un punto in cui la legge ha dovuto rimettersi alla loro prudenza. Spetta al mutuante di darsi a vegliare sulla sua sicurezza, esigendo, laddove il pagamento sia fatto con l'atto stesso di mutuo (il che sarebbe più certo per sè) che lo sia almeno in un'epoca molto prossima, perchè i creditori del mutuatario non possano prevalersi contro di lui dell'intervallo che separa i due atti, e trovarvi se non la pruova, almeno una grave presunzione che i danari da lui prestati non àn ricevuto l'impiego al quale erano destinati.

229. La destinazione dei danari forniti dal mutuante è la sola che rende costui degno della preferenza che reclama come surrogato ai dritti dei creditori. È uopo dunque che questa destinazione sia stabilita senza possibile equivoco. Ecco perchè il nostro articolo esige « che sia autenticamente constatato con l'atto di mutuo, che la somma era destinata all'acquisto di un immobile o al pagamento degli operai, e con la quietanza del venditore o degli operai, che il pagamento si è fatto coi danari tolti a prestito. » Ciò debbe essere *autenticamente* constatato, dice il nostro articolo, vale a dire che la quietanza alla quale si applica altresì la parola *autenticamente*, debbe essere in forma notarile del pari che l'atto d'imprestito, e ciò del resto viene espresso dall'art. 1250, n. 2, di cui l'art. 2103 non è

(1) Tarrible (Rep. del Merlin v Privilegio, sez. 1, § 2).—Conf. Dalloz, (loc. cit., n. 20), Zachariae (t. II, p. 119, nota 9, Mourlon (Della Surr. pers. p. 260).

(2) Ved. Rig, 26 aprile 1827.

(3) Ved. Merlin, (Rep. v. Surrogaz. di persona, sez. 2, § 8, n. 2).

che una applicazione, allorquando dice esser d'uopo perchè sia valida la surrogazione « che l'atto di mutuo e la quietanza sieno stipulate innanzi notaro. » Del resto sol con questo mezzo saranno prevenute le frodi che l'atto sotto privata scrittura renderebbe sì agevoli. P. es. voi avete comprato un immobile che avete pagato; il privilegio del venditore non prende dunque origine, e l'immobile libero di questa affezione e di tutte le altre, è tra le vostre mani il comun pegno di tutti i vostri creditori. Ma pel tale o pel tal altro motivo voi volete favorirne uno in detrimento degli altri; che cosa di più facile, se forse permesso di fare una surrogazione con atti sotto privata scrittura? Voi supporrete in un atto fatto in tale forma e datato in conseguenza, che i fondi coi quali avete pagato l'immobile acquistato vi sono stati prestati in vista dell'acquisto da quel creditore che vorrete favorire: poscia sentendovela col vostro venditore, voi otterrete da lui una quietanza che dichiarerà la supposta origine dei danari, e constaterà che questi danari han ricevuto il preteso impiego, al quale erano stati destinati. Così i creditori i quali tutti avevano un dritto uguale sull'immobile acquistato dal loro debitore, si vedranno primeggiati da uno di essi, il quale mercè il favore di una fraudolenta surrogazione, verrà ad oppor loro un preteso privilegio del venditore, allorchè costui aveva ricevuto il suo prezzo in permuta o in supplemento dell'immobile e per conseguenza non era stato giammai creditor privilegiato! Richiedendo la legge la forma dello atto autentico previene questa frode e mille altre alle quali possono dar luogo gli atti sotto privata scrittura. E infatti, quando per esercitare il privilegio del venditore al quale è surrogato, colui che ha fornito i danari per l'acquisto di un immobile viene ad una graduazione, niuno può dubitare della verità della surrogazione, nè per conseguenza della realtà di una causa giusta e legittima di preferenza, se si presenti con un atto autentico o notarile, attestante che ha realmente prestato i danari per l'acquisto dell'immobile e con un altro atto parimenti autentico e notarile il quale stabilisce che i fondi sono stati esattamente impiegati a pagare il prezzo dell'acquisto.

230. Del resto l'autenticità non è richiesta che per l'atto di mutuo e per la quietanza: donde la conseguenza che l'atto da cui procede il dritto del creditore, al quale il mutuante è surrogato, potrebbe esser fatto sotto privata scrittura, senza che la efficacia della surrogazione ne fosse compromessa. Tale è l'avviso del Persil; ei suppone che siensi prestati dei fondi per l'acquisto di un immobile e dice che *se la vendita non fosse fatta con atto autentico*, il mutuante non entrerebbe nei dritti del venditore o non acquisterebbe il privilegio. Ma questa inesatta valutazione è nel Persil il risultato di un'altra valutazione anch'essa inesatta, almeno in quanto racchiude di troppo assoluto. Il Persil pensa che la dichiarazione d'impiego dei fondi mutuati per l'acquisto di un immobile debb'essere fatta nell'atto stesso di vendita. « Quella che fosse fatta posteriormente, ei dice, o anche pria della vendita, non darebbe alcun dritto al mutuante, perchè all'epoca in cui fosse stata fatta, il venditore non poteva cedere dritti che ancor non aveva, o che diggià più non aveva (1). » Dopo ciò si comprende che il Persil richiedo l'autenticità del contratto di vendita, poichè per esso la vendita, e la quietanza o dichiarazione d'impiego debbono essere comprese nello stesso atto. Or questa proposizione pecca di troppa generalità. Che la dottrina del Persil debba essere seguita, allorchè l'atto di vendita attesta che il prezzo è stato pagato al venditore, noi il crediamo; chè il venditore essendo in tal caso soddisfatto ed il privilegio non avendo preso origine, qualunque ulteriore dichiarazione mercè la quale si pretendesse che i danari forniti dal mutuante sono stati impiegati a pagare il venditore, sarebbe tardiva e sospetta; ed accettare una tale dichiarazione come sufficiente per operare la surrogazione coi suoi effetti giuridici, sarebbe lo stesso che aprir l'adito a quelle frodi di che testè parlammo. Ma se l'atto che contesta la vendita non istabilisce che il prezzo ne sia stato pagato, se quest' atto costituisse il venditore creditore del suo prezzo, e per conseguenza non lascia alcun dubbio sulla origine del privilegio, in che dunque e sull'autorità di quale testo potrebbesi censurare la quietanza, la quale venisse in seguito a constatare in forma autentica che l'acquirente ha pagato coi fondi mutuati in vista del suo acquisto e per liberarsi? Come e sull'autorità di quale testo si ricuserebbe di scorgere in questa quietanza l'atto complimentario delle condizioni, allo adempimento delle quali la legge subordina l'acquisto del privilegio? Tutto ciò che si può dire, si è che questa circostanza agirà più o meno sull'animo del magistrato al quale è lasciata la cura di valutare; ma certamente in sè stessa ed in sè sola, non potrebbe rendere inefficace la surrogazione. Or ciò assodato, rimane vero il dire che l'atto da cui emana il dritto del creditore, al quale il mutuante vuole essere surrogato, tuttochè fatto sotto privata scrittura, il privilegio di questo

(1) Ved. Persil (art. 2103, § 2, n. 3 e 4).

creditore non passerebbe meno al mutuante di danaro, se per altro l'atto di mutuo e la quietanza, soli atti pei quali è richiesta l'autenticità, fossero fatti nella forma autentica e contenessero le dichiarazioni volute dalla legge.

Qui àn termine le nostre osservazioni sui diversi privilegi enumerati nel nostro articolo, sotto il punto di vista delle persone cui appartengono, dei crediti che garentiscono e delle condizioni alle quali possono acquistarsi. Per compiere il nostro comentario di questo articolo, più non ci resta che ad indicare l'ordine di preferenza, secondo il quale debbono essere classificati questi diversi privilegi.

VI. — 231. *Classifica dei privilegi sugl'immobili.* Al pari dei privilegi sui mobili i privilegi sugl'immobili sono generali o speciali. I privilegi generali sugl'immobili sono quelli enumerati dall'art. 2011, Cod. Nap. (ved. n. 68), ai quali è uopo aggiungere il privilegio che la legge del 5 settembre 1807 attribuisce al Tesoro pubblico sussidiariamente sugl'immobili del condannato per assicurare il ricupero delle spese giudiziarie in materia criminale, correzionale e di polizia (ved. *supra*, n. 43 e 44); i privilegi speciali sugl'immobili son quelli enumerati dal nostro art. 2103, ai quali è uopo aggiungere i privilegi attribuiti al Tesoro pubblico ed al Tesoro della Corona, da un'altra legge del 5 settem. 1807, e dall'avviso del Consiglio di Stato del 25 febbraio 1808, sugl'immobili acquistati a titolo oneroso dai contabili, posteriormente alla loro nomina, o dalle loro mogli anche separate di beni (ved. *supra*, n. 38 e 42).

232. Come dunque questi diversi privilegi debbono essere classificati tra loro? Al favore del credito altresì è uopo rannodarsi per applicazione dello art. 2096, la cui regola non deve meno dominare nella classifica dei privilegi sugl'immobili che in quella dei privilegi sui mobili. Ma la classifica ben lungi dall'aver incontrato l'umanime accordo ha suscitato gravi difficoltà ad occasione dei privilegi sui mobili (ved. *supra*, n. 175 e seg.). Anzi niuna difficoltà avrebbe dovuto prodursi, chè noi abbiamo qui sempre o un ordine fissato dalla legge stessa, o una impossibilità di conflitto o di concorso.

E di fermo è uopo in sulle prime mettere da banda tutti i privilegi generali, tanto quelli stabiliti dal Codice Nap. quanto quelli risultanti da leggi particolari; chè il legislatore li ha egli stesso classificati, vuoi prima, vuoi dopo i privilegi enumerati nel nostro articolo. Così da una banda i privilegi generali dell'art. 2101 primeggiano i privilegi speciali enumerati dal nostro articolo, ai termini dell'art. 2105, di cui tra breve offriremo il comento, e da un'altra banda il privilegio generale attribuito al Tesoro pubblico sugl'immobili dei condannati pel ricupero delle spese giudiziarie è primeggiato al contrario, giusta una formale disposizione della legge che lo stabilisce, dai crediti che il nostro articolo dichiara privilegiati (ved. *supra*, n. 43 e 47). È uopo togliere, in seguito e per lo stesso motivo il privilegio speciale del Tesoro pubblico e quello del Tesoro della Corona su taluni immobili dei contabili; i testi da cui risultano questi privilegi esprimono che in niun caso possono pregiudicare ai creditori designati nell'art. 2103 (ved. *supra*, n. 42). Or se si mettono da banda questi diversi privilegi, di cui la legge stessa ha segnato il rango, la quistione di classifica più non si presenta che per quelli di cui abbiam trattato nel comentario del presente articolo.

La quistione stessa non è mica una quistione; chè qui la cosa affetta dal privilegio è talmente speciale che, a dir vero ed a parlar propriamente, non può esservi conflitto o concorso tra questi diversi privilegi. E di fermo questi privilegi, indicati al numero di cinque, ma che riduconsi a tre, in seguito della surrogazione, che fa sì, (come abbiamo spiegato ai numeri 184, 221 e seg.) che il secondo si confonda col primo, e il quinto col quarto, questi privilegi sono: 1° quello del venditore; 2° quello dei coeredi e condividenti; e 3° quello degli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai. Or di questi tre privilegi, i due primi non possono trovarsi in conflitto, sono identici per loro natura, avendo entrambi per base e per obbietto delle alienazioni che non possono essere simultanee. E se per effetto di mutazioni, uno stesso immobile trovasi affetto ad un tempo al privilegio del venditore ed a quello del condividente, il rango tra loro sarà fissato, come se si trattasse di vendite successive, con la data dei rispettivi titoli (*infra*, n. 234); di tal che il privilegio del venditore avrà la preferenza, se in seguito di una vendita l'immobile trovasi nella indivisione, alla quale ha posto termine la divisione, e per l'opposto questo privilegio verrà in secondo ordine soltanto, nel caso in cui la vendita avendo avuto luogo dopo una divisione, avesse per oggetto gl'immobili di una quota gravata a pro di un condividente. — Rimane adunque il terzo privilegio, quello dell'architetto e degli operai che può concorrere con quello del venditore o con quello del condividente. Può avvenire in fatti che l'immmobile su cui si sono effettuate delle riparazioni o costruzioni sia gravato nelle mani del proprietario che fa fare i lavori, da un privilegio di venditore, in quanto che il

prezzo dell'immobile non fosse ancora pagato; o da un privilegio di coerede, in quanto che il proprietario fosse tuttora debitore del pareggiamento posto a carico della quota a lui ricaduta nella divisione che lo ha dichiarato proprietario: in questo caso, una graduazione aperta sul prezzo metterebbe a fronte, da una banda gli operai che àn fatto i lavori, e dall'altra vuoi il venditore non pagato, vuoi il coerede creditore del pareggiamento. Ma qui ancora, tutto che la quistione di proprietà sia stata distrutta, è vero il dire che, giusta la economia della legge, non v'è possibile conflitto. Il privilegio del venditore o del condividente e quello dell'operaio ben ricadono, se si vuole, sullo stesso oggetto, che è l'immobile; ma come potrebbero entrar in lotta quando ciascuno dei due si poggia su di una parte distinta di questo immobile, quello dell'operaio sulla plusvalenza procurata col suo lavoro (ved. *supra*, n. 212 e seg.) e quello del venditore o del condividente sull'immobile tal quale era pria della confezione dei lavori. Evidentemente gli autori, i quali prendendo per base l'ordine dei numeri del nostro articolo, àn preteso che il venditore o il condividente debbe essere preferito all'operaio (1), e quelli che, nella supposizione in cui il prezzo dell'immobile non bastasse per soddisfare questi due creditori privilegiati, àn pensato che il deprezzamento debbesi sopportare da entrambi nella proporzione del montare del loro credito rispettivo (2); questi autori diciamo non àn badato alla divisione sì netta risultante dai termini della legge, e confondendo le cose e le parole, àn suscitata una quistione di *preferenza* là ove le sicurezze erano del tutto distinte, essendo ciascuno chiamato dalla legge a pagarsi sul suo senza alcun conflitto o preferenza (3). Gli è dunque di questo privilegio come degli altri, la sua stessa specialità gli dà il rango.

Ed ora riassumiamo con una classifica generale dei privilegi sugl'immobili le osservazioni che precedono ed avremo in primo rango i privilegi generali enumerati dall'articolo 2101 Cod. Nap., allorquando i creditori non saran pagati sul mobiliare del loro debitore, secondo che diremo nel comentare lo art. 2105 (*ved. anche supra n.* 62); verranno in seguito i privilegi dell'art. 2103, ed in pria quello degli architetti, imprenditori ed operai sulla plusvalenza risultante dalla loro creazione, poscia quelli del venditore e del condividente, secondo l'anteriorità dei loro titoli rispettivi; verranno da ultimo i privilegi creati da leggi particolari. In pria il privilegio generale che affetta gl'immobili di un condannato pel ricupero delle spese giudiziarie e poscia il privilegio speciale che gravita, a pro del Tesoro pubblico e del Tesoro della Corona, gl'immobili acquistati a titolo oneroso dai contabili dopo la loro nomina. Questa classifica che la legge stessa fa in certo modo, vuoi direttamente fissando un rango, vuoi indirettamente, specializzando il pegno, nulla per altro racchiude che non possa conciliarsi con la regola fermata nell'art. 2096, Cod. Nap.

233. Un'altra regola ancora è applicabile alla classifica di questi privilegi, ed è quella dell'art. 2097, ai termini del quale « i creditori privilegiati che sono nello stesso rango sono pagati per concorrenza. » In tesi generale, la regola sarà qui seguita come per la classifica dei privilegi sui mobili. Così, io ho impiegato varii operai per riparare la mia casa o per fare sulla mia proprietà delle nuove costruzioni, gli è aperto che tutti dovranno essere pagati per concorrenza sulla plus-valenza risultante dai loro lavori. Così ancora io ho comprato un immobile mercè 45mila fr. e non potendone attualmente pagare il prezzo, mi son diretto a Pietro, a Paolo e a Giuseppe che mi àn prestato con lo stesso atto, uno 10mila fr., l'altro 15mila, e l'ultimo 20,000, le quali somme sono state consegnate al venditore, il quale voleva contrattare a pronto contante; gli è aperto (essendo per altro adempite tutte le condizioni necessarie perchè la surrogazione abbia luogo) che i tre mutuanti, surrogati al privilegio del venditore, saranno tra loro nello stesso rango e dovranno essere pagati per concorrenza.

234. Non pertanto evvi un caso particolare, nel quale la legge fa eccezione alla regola ed altresì al principio giusta il quale, in materia di privilegio, si tien conto della qualità e non della data del credito: questo caso è quello delle vendite successive; il nostro articolo esprime in fatti che « se vi sono più vendite successive il cui prezzo sia dovuto in tutto o in tutto parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così di seguito. » Ma la eccezione qui era comandata dalla natura stessa delle cose. Quando Pietro ha venduto a Giacomo senza riceverne il prezzo, ha sol perciò ritenuto sull'immobile una specie di diritto reale che,

(1) Ved. Maleville (t. IV, p. 253), Pigeau (t. II, p. 267)

(2) Ved. Grenier (t. II, n. 411). — Ved. altresì Parigi, 15 marzo 1815.

(3) V. in questo senso Troplong (t. I, n. 80 e 80 *bis*).

garentendone il prezzo, menoma la cosa, di tal che se Giacomo vende egli stesso a Paolo, senza neppure ricevere il suo prezzo, trasmette lo immobile già menomato da questo diritto reale che Paolo ha ritenuto, e scemandolo ancora egli stesso, poichè ritiene altresì a sua volta il dritto reale che serve di garentia pel credito del suo proprio prezzo. In questa situazione, il privilegio di Giacomo non può evidentemente concorrere con quello di Pietro: e ciò appunto risulta dal nostro articolo.

Soltanto ciò che la legge dice delle vendite successive soltanto, è uopo dirlo altresì delle divisioni successive. La natura del privilegio dei condividenti essendo identica, come abbiam dimostrato più sopra (*ved.* n. 232) a quella del privilegio del venditore, ne segue che, se lo stesso immobile avesse figurato in successive divisioni, dovrebbo essere dei condividenti, come dei venditori: il primo sarebbe preferito al secondo, il secondo al terzo e così di seguito.

Sarebbe forse lo stesso dei mutuanti di danaro che fossero stati surrogati al creditore privilegiato, non già con uno stesso atto, come supponiamo al numero precedente, ma con atti successivi? La quistione è controvertita, noi l'esamineremo nel nostro comentario dell'art. che segue. (*ved.* n. 240).

235. Non accade dire qui che, in questa ipotesi di vendite successive di cui abbiam parlato, noi supponiamo che ciascuno dei venditori abbia conservato il suo privilegio. Che avverrebbe, se uno o più dei venditori avesse trascurato di adempiere le formalità prescritte per la conservazione del privilegio? Ciò si rannoda alla quarta sezione del presente capitolo; noi vi rimandiamo il lettore.

2112 [1998]. Tutti i cessionarii di queste diverse specie di crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni del cedenti in loro luogo e grado (a).

SOMMARIO

I. Perchè noi invertiamo l'ordine del Codice e riportiamo nella sezione relativa allo stabilimento dei privilegi una disposizione classificata dal Codice nel novero di quelle che statuiscono sulla conservazione dei privilegi.
II. Il nostro articolo non è che la riproduzione della regola di dritto comune, giusta la quale la cessione di un credito comprende gli accessorii del credito —Applicazione della regola al credito del venditore e specialmente all'azione risolutoria. Avviso contrario del Marcadè.
III. Delle cessioni parziali: il cedente concorre in questo caso, per la porzione che à conservata, col cessionario? Distinzione.
IV. Delle surrogazioni successive ad uno stesso credito; evvi concorso tra' diversi surrogati? Soluzione affermativa.

I. — 236. Questo articolo del resto, come l'insieme della legge sui privilegi o sulle ipoteche, è desunto dal progetto che, al momento in cui il Codice era in discussione, fu proposto dal Tribunale di cassazione: esso era compreso fra le disposizioni della sezione prima del capitolo primo, sezione relativa ai privilegi sugl'immobili, e nella quale le regole relative alla conservazione dei privilegi si trovavano confuse con la enumerazione stessa dei crediti privilegiati (1). Al Consiglio di Stato si credette dover separare questi due punti, e vedesi in fatti che essi fanno nel Codice l'oggetto di due distinte sezioni; l'una sullo stabilimento stesso dei privilegi (di cui ora ci occupiamo), l'altra sulla conservazione dei privilegi (alla quale giungeremo tra breve). Il nostro articolo si rannoda naturalmente alla prima sezione: gli è evidente, poichè si limita ad esprimere, che i cessionarii di un credito privilegiato esercitano gli stessi dritti del cedenti, poichè si riassume nella idea che i privilegi di che ora parla la legge, possono per effetto di una cessione passare da una persona ad un'altra. Per errore adunque o per inavvertenza l'articolo è stato classificato dai redattori del Codice nel novero delle disposizioni relative alla conservazione dei privilegi. Ciò non è sfuggito alle Corti ed ai Tribunali consultati nel 1810 sulla riforma allora progettata, e taluni non mantenevano l'articolo al posto stesso che occupa nel Codice che mercè un'addizione. Così, la Corte di Amiens proponeva di terminarlo dicendo: « purchè indipendentemente dalla notifica del trasferimento al debitore, essi (i cessionarii) l'abbiano fatto iscrivere e nell'ordine di queste iscrizioni, le quali non potranno giammai precedere la notifica, o che almeno, se sono anteriori, non avranno effetto che alla data di siffatta notifica (2). » In questi termini e così completato da tale obbligo imposto al cessionario d'inscriversi per *conservare* il dritto o il privilegio del cedente, il nostro articolo sarebbesi trovato al suo posto nella sezione che ha per obbietto la *conservazione* dei privilegi. Ma esso nulla dice di simile e la nuova legge sulla trascrizione del 23 marzo 1855, tutto che contenga una disposizione analoga

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.
(1) Ved. il progetto del Tribunale di cassazione, (t. II, p. 639 e seg.).

(2) Ved. i documenti pubb. 1844 (t. III, p. 272). Ved ancora, ibid., le osservazioni della Corte di Douai

relativamente alle cessioni delle mogli della loro ipoteca legale (art. 9), non lo dice neppure in quanto concerne le cessioni dei crediti privilegiati (1): ecco perchè noi distacchiamo l'art. 2112 della sezione relativa alla conservazione dei privilegi, e pria d'inoltrarci in questo subbietto sì importante e sì grave (che formerà l'oggetto della sezione seguente), crediamo dover continuare col comentario di questo articolo le nostre osservazioni sullo stabilimento stesso dei privilegi.

II. — 237. Il nostro articolo ci dice dunque che i cessionarii di crediti privilegiati esercitano tutti gli stessi dritti dei cedenti, in loro luogo e vece. In ciò esso riproduce la regola di dritto comune, giusta la quale la vendita o la cessione di un credito comprende gli accessori del credito, come la garenzia, il privilegio e la ipoteca, (Cod. Nap., art. 1692). Epperò il privilegio *è inerente al credito* e passa con esso nelle cessioni di cui il credito può essere l'obbietto. Per effetto di una novazione ben può trasferirsi da un credito ad un altro, allorchè il creditore ne fa la espressa riserva, ved. art. 1278. Nonpertanto evvi una eccezione; chè in massima il privilegio non si separa dal credito, non à una esistenza a sè propria e non può essere ceduto distintamente e indipendentemente dal credito. Ma se per effetto di una cessione o di una regolare surrogazione, il credito stesso passa da una persona ad un'altra, il privilegio passa ugualmente ed è acquistato di pieno dritto al cessionario o al surrogato.

238. Considerato nei suoi termini, l'articolo 2112 dice anzi più di ciò. Mentre conferma la regola di dritto comune, da noi testè citata, generalizza, ed invece di esprimere con l'art. 1692, di cui è la conferma, che *la cessione di un credito abbraccia gli accessorii del credito*, dice in modo generale che i cessionarii di un credito privilegiato *esercitano gli stessi dritti dei cedenti in loro luogo e vece*. Queste espressioni della legge non sono senza qualche importanza per la soluzione di una quistione molto controvertita, quella di sapere quali sono i dritti che acquista il cessionario di un credito per prezzo di vendita. P. es. io vi ho venduto la mia casa di Parigi per 60 mila fr. che voi dovevate pagarmi in tre anni; ma ho bisogno di fondi, e cedo a Pietro il credito che vanto su di voi. Che cosa acquista Pietro? In pria acquista il privilegio di venditore come accessorio del credito da me cedutogli, l'art. 1692 lo dice espressamente, e ciò non può dar luogo a difficoltà. Ma indipendentemente da questo privilegio che garentiva il mio credito, io aveva altresì l'azione risolutoria, art. 1654. Quest'azione si è forse acquistata pure da Pietro per effetto della cessione? Il Marcadè si è pronunziato per la negativa. « No, egli dice, il dritto di risoluzione del venditore, tutto che sia altresì, oltre del suo scopo diretto, un mezzo di più per ottenere il pagamento del credito, non è mica un accessorio di esso credito. Lungi che il primo dritto sia un accessorio del secondo, neppur coesiste con esso, non gli è concomitante, non prende origine se non dopo che questo ha cessato di esistere; la domanda in risoluzione implica e presuppone la rinunzia al dritto di domandar pagamento, la rinunzia al credito; or un dritto che non può esistere finchè ne esiste un altro, non può certo essere l'accessorio di quello ». (*ved.* sull'articolo 1692, n. 2). Nonpertanto dobbiam dirlo, anche a fronte dell'art. 1692, e quando anche questo articolo fosse solo per risolvere la quistione, questa teoria ci sembrerebbe contestabile. E di fermo è difficile considerare il dritto di risoluzione che appartiene al venditore come un dritto distinto e indipendente dal credito che vanta pel pagamento del suo prezzo o come un dritto avente una esistenza propria e che, per la sola forza delle cose, si estinguerebbe come conseguenza della cessione, poichè una volta ceduto il credito, più non può sussistere a pro del venditore, che ormai più non è il creditore. Noi esiteremmo a vedere, in questo dritto di risoluzione, altro che un mezzo di più offerto al venditore per astringere il suo acquirente a pagare il prezzo, un dritto che nasce col credito ed a causa del credito; che coesiste con esso, tutto che non sia esercitato se non nel manco dal canto dell'acquirente di pagare al convenuto termine; che è l'accessorio di tale credito, come potrebbe esserlo tutt'altro mezzo coercitivo, l'arresto personale p. es., e che deve quindi passare, anche ai termini dell'art. 1692, al cessionario col credito ceduto (2). Ma con quanta maggior ragione dobbiamo ammettere questa soluzione in vista del nostro articolo! Il cessionario dei crediti privilegiati, ei dice, esercita *gli stessi dritti* dei cedenti *in loro luogo e vece*. Or il cedente, se fosse rimasto investito del credito, avrebbe avuto a sua disposizione l'azione risolutoria

(1) Esamineremo non parlando nel trattare allo art. 2135 delle cessioni e surrogazioni relativamente all'ipoteca legale la quistione di sapere se questo articolo 9 della legge nuova debba o pur no estendersi ai cessionarii di crediti privilegiati.

(2) Conf. Aubry e Rau, su Zachariae (t. II, p. 539, nota 22), Duvergier (Della Vendita, t. II, n. 222), Troplong (ibid., t. II, n. 916). — Ved. ancora un arresto preciso della Corte di Parigi del 12 febb. 1844 (Dev., 44, 2, 115).

indipendentemente dal suo privilegio. Come dunque contestare al cessionario l'esercizio di questa azione, quando la legge ci dice che il cessionario è *in luogo e vece* del cedente e che esercita *gli stessi dritti* di costui?

III. — 239. Allorchè il creditore privilegiato, invece di cedere l'intero suo credito, non ne cede che una porzione, la cessione trasferisce al cessionario una frazione soltanto del credito e ad un tempo una frazione corrispondente del privilegio che è l'accessorio di siffatto credito, l'altra frazione tanto del dritto principale quanto dell'accessorio, rimane nelle mani del cedente. Così, io ho venduto a Pietro la mia casa per 100.000 fr. di cui io son creditore; e avendo poscia bisogno di 50mila fr., pria del termine fissato pel pagamento tra Pietro e me, vi cedo la metà del mio credito. Pietro stesso aliena in seguito, mercè 120mila fr., la casa da me vendutagli: i creditori che dal canto di Pietro avranno ipoteca sulla casa non potranno opporre il loro dritto più a voi che a me; noi eserciteremo entrambi il nostro dritto privilegiato sul prezzo sino a concorrenza dei 100mila fr. che ci sono dovuti, il dippiù sarà abbandonato ai creditori di Pietro. In quanto ad essi, la posizione sarà esattamente quella che sarebbe stata, se io vi avessi ceduto il mio credito in totalità, il che vi avrebbe trasmesso come accessorio un privilegio che garentiva la integralità del credito, ovvero se io fossi rimasto creditore del mio prezzo, il che mi avrebbe lasciato in possesso del mio privilegio. Ciò è evidentissimo.

Ma ecco un caso in cui la soluzione non è senza difficoltà. Supponiamo che questo immobile da me venduto a Pietro mercè 100mila fr., sia pegnorato in danno del mio acquirente e che l'aggiudicazione produca un prezzo di 80mila fr., soltanto. Chi sopporterà questa perdita prodottasi sulla rivendita, voi cessionario della metà del mio credito di 100mila fr., o io rimasto creditore del mio prezzo sino a concorrenza dell'altra metà? Graviterà su di me? su di voi forse? O la sopporteremo entrambi proporzionalmente.

Evvi a far qui una distinzione di cui troviamo il principio in un arresto della Corte di Parigi. Questa corte ha deciso che la cessione, *fatta con promessa di garentire, fornire e far valere*, di una porzione di un credito privilegiato, di cui il cedente si è riserbato il dippiù, stabilisce a pro del cessionario il dritto di essere pagato con preferenza (1). Ciò devesi ammettere senza difficoltà. Per conseguenza se la cessione è stata pura e semplice, se è stata accompagnata da una stipulazione con cui il cedente garentiva, non pur la esistenza del credito, ma anche la solvibilità presente e futura del debitore, il cessionario avrà la preferenza sul cedente nella graduazione aperta sul prezzo. E quindi nella nostra specie, se noi supponiamo che, cedendovi la metà del mio credito, io ve ne ho garentito il pagamento, ne risulterà che, venendo alla graduazione su questo prezzo di 80mila fr., prodotto dalla rivendita, voi riceverete in pria i vostri 50mila fr., io prenderò poi i residuali 30mila, di tal che la perdita dei 20mila fr. graviterà su di me solo. È uopo andar più oltre e dire che, quando anche voi veniste alla graduazione in concorso, non già con me vostro cedente, ma col mio successore universale o anche particolare, il risultato sarebbe identico. L'arresto di Parigi da noi testè citato è reso appunto in questo caso di concorso tra il cessionario al quale erasi promessa garantia ed un avente dritto particolare del cedente, un cessionario ulteriore della porzione di credito che il cedente erasi in pria riserbata. Accordando la preferenza al primo, la Corte ha valutato le cose con molta esattezza, in quanto che la promessa di garentia fatta a questo cessionario preferito implicava da parte del cedente una cessione di anteriorità a pro della porzione in pria riserbata, cessione di anteriorità che sarebbe una vera illusione, se non fosse assoluta a non potrebbesi opporre agli aventi dritto del cedente come al cedente stesso, e se potesse essere ammesso che quest'ultimo, dopo averla consentita, fosse libero di ritirarla mercè ulteriori cessioni più o meno sincere e serie (2).

Ma supponiamo che la cessione sia stata pura e semplice: che si deciderà in tal caso? Il Troplong pensa che qui ancora il cedente dovrà lasciar la preferenza al cessionario. « Si obbietterà forse, ei dice, che nella cessione fatta puramente e semplicemente, il cedente non è tenuto che della garentia di dritto, vale a dire della esistenza del credito e non mica della insolvibilità (art. 1693), che quindi non dovendo garentire al cessionario che ei sarà pagato della totalità del suo avanzo, non v'è ragione perchè quest'ultimo gli sia preferito. — Ma io risponderò che sarebbe del tutto *contrario alla buona fede*, che il venditore della porzione del credito ceduto, dopo averne

(1) Ved. Parigi, 17 aprile 1834 (Dev., 34, 2, 305). Ved. ancora un arresto analogo della Corte di cassazione del 4 agosto 1817 (Dall., loc. cit., p.77, nota).

(2) Ved. in questo senso Mourlon (n. 328), in cui stabilisce solidamente questa dottrina, e retratta la opinione contraria emessa nel suo Trattato delle Surrogazione.

riscosso il prezzo, venisse *col suo proprio fatto* ad impedire al suo cessionario di ricuperare la somma sborsata » (1). Noi però non possiamo sottoscriverci a questo avviso dell'eminente giureconsulto. L'obbiezione è appunto là ove il Troplong l'à posta, e la forza di questa obbiezione ci sembra ben grande. E di fermo, ecco l'ipotesi proposta dallo stesso Troplong. Pietro è creditore di Giacomo di 50mila fr. per un podere che à venduto; Pietro cede la metà di questo credito a Sempronio che glielo paga 25mila fr. L'immobile venduto dappoi dietro pegnoramento reale non produce che una somma di 40mila fr. Se Sempronio invece di comprare la metà del credito per 25mila fr. avesse comprato l'intero credito mercè 50mila fr., non vi sarebbe al certo possibile dubbio. Pietro, come cedente, non era tenuto che alla garentia di dritto, vale a dire che quello che ei deve garentire si è la esistenza del credito al momento del trasferimento e, se si vuole, il suo dritto a questo credito. In quanto alla garentia di fatto o garentia *convenzionale*, ei non la deve, chè essa non è stata stipulata e non potrebbe appunto con ciò esistere, poichè non può risultare, come l'annunzia la sua stessa denominazione, se non da una speciale convenzione, da una convenzione anche ben precisata, se il cessionario vuole essere protetto contro le eventualità future; chè stipulare semplicemente la garentia convenzionale sarebbe dal canto del cedente promettere *l'attuale* solvibilità del debitore, la solvibilità al momento del trasferimento e non mica la solvibilità *futura*, quella che deve esistere ancora al momento della esigibilità, perchè il cessionario sia assicurato di essere pagato (art. 1695). Sempronio non avrebbe dunque a prendere che 40mila fr., tutto che ne avesse sborsati 50mila, e Pietro al quale fossero stati sborsati questi 30mila fr. per prezzo della cessione da lui fatta, li serberebbe, senza che fosse tenuto a rendere indenne in chicchessia Sempronio a causa dei 10mila fr., di cui quest' ultimo risentirebbe la perdita. Ciò è fuori ogni contestazione. Tutto ciò cangerebbe forse, perchè Sempronio invece di comprare l'intero credito, non ne ha comprato che la metà? Ma perchè ciò muterebbe? In forza di quale principio? La legge ha detto forse in qualche luogo che le cessioni parziali di credito sono sottoposte a regole particolari, e segnatamente che al punto di vista della garentia esse son ravvisate sotto un altro aspetto e obbligano il cedente in modo più stretto delle cessioni intere e complete? Evidentemente che no; è uopo rapportarsene sempre agli art. 1693 e seg., Cod. nap. E quindi Pietro dirà a Sempronio: « se vi ho ceduto per 25mila fr., la metà del mio credito, e voi non esigeste alcuna speciale garentia; io non vi doveva dunque che la garentia di dritto: or il credito esisteva all'epoca del trasferimento, ben ne era lo proprietario, ed io solo vi aveva dritto: voi non potete quindi esiger nulla da me, ed io non debbo rilevarvi dalle conseguenze di una convenzione, la quale si è regolarmente formata e che è stata legalmente tra noi conchiusa. Il credito di cui io vi ho ceduto porzione è divenuto cattivo; tanto peggio; sarebbe divenuto cattivo per me, se io fossi rimasto proprietario; lo sarebbe divenuto per voi solo, se aveste comprata la totalità del credito; lo è ugualmente divenuto per voi come per me, poichè voi ne avete preso una metà e l'altra è a me rimasta: entrambi quindi sopporteremo le conseguenze della insolvibilità del nostro comun debitore. Di questa insolvibilità voi accettaste le eventualità, non essendovi posto in cautela con una clausola speciale di garentia, ch'io forse avrei ammessa, ma che in fin dei conti voi non reclamaste. Ed ora che tutto è tra noi conchiuso senza questa clausola, la vostra pretesa di rannodare alla vostra porzione in un credito che ci è comune un privilegio che ci è altresì comune, poichè si rannoda al credito nel suo insieme e lo protegge in tutte le sue parti indistintamente, la vostra pretesa di esercitare questo privilegio in preferenza di me ed a mia esclusione, tenderebbe nientemeno, nel suo risultato finale, che ad ottenere da me con una via indiretta quella garenzia di fatto o *convenzionale* che non vi siete riserbata ed alla quale per conseguenza non avete alcun dritto. Questa pretesa adunque, io la respingo, e vi richiamo alla verità dei principi: noi siamo entrambi creditori allo stesso titolo ed allo stesso rango; tra noi dunque non v'è preferenza possibile, la nostra legge è nell'art. 2097, Cod. Nap. e noi sarem pagati per concorrenza. » Non vediamo, dobbiam dirlo, che cosa potrebbe replicar Sempronio *in dritto* a questa difesa di Pietro; epperò il Troplong non la respinge con questa considerazione *di dritto*. Ciò che egli obbietta, ciò che particolarmente lo spinge si è che sarebbe contrario alla buona fede, che il cedente dopo aver riscosso il prezzo, potesse col fatto suo proprio impedire al cessionario il ricupero della somma sborsata. Ma in che cosa la buona fede di Pietro sarebbe qui più contestabile di quel che nol sarebbe nel caso in cui Sempronio

(1) Troplong (n. 267).—Conf Grenier (t.1,n. 95).

avesse comprato l'intero credito? In questo caso si ammette, e ben è d'uopo ammetterlo, che Sempronio il quale non ricuperasse che 40mila fr. dei 50mila fr. da lui sborsati non avrebbe il menomo rimprovero a fare a Pietro che nonpertanto ben avrebbe riscossi i 50mila totale ammontare del credito. Per quale combinazione di idee la circostanza che Pietro ha ceduto la metà del credito soltanto invece di cederlo per intero potrebbe farlo riguardar meritevole di rimprovero? E poi in che cosa in questo caso di parziale cessione è il fatto proprio di Pietro, più che nel caso di cessione totale, qualora Sempronio non trovi nel prezzo a distribuirsi dello immobile pegnorato a Giacomo di che ricuperare, per intero le somme da lui sborsate per comprare il credito? Evidentemente nell'un caso come nell'altro, non è fatto di Pietro, se l'immobile di cui Giacomo doveva il prezzo è stato a lui pegnorato e se la vendita non ha prodotto che 40mila fr.; nell'un caso come nell'altro è colpa di Giacomo o forse delle circostanze che han fatto di Giacomo, debitore solvibile in origine un debitore insolvibile. A dir vero nel caso di cessione parziale, Pietro rimasto creditore di una porzione del suo prezzo viene in concorso con Sempronio che ha comprato l'altra porzione e in ciò diminuisce la parte che costui otterrebbe nella graduazione, se vi venisse solo o se vi fosse graduato in preferenza di Pietro. Ma non è questo un fatto imputabile a Pietro; è un dritto che gli danno espressamente gli art. 1693 e 1694 Cod. Nap., un dritto che è fondato ad esercitare, sol perchè Sempronio, il quale comprando porzione del credito era libero di fare le sue condizioni, non è stato abbastanza accorto per toglierglielo e farselo trasmettere.

Noi lo crediamo dunque fermamente; la dottrina emessa dal Troplong è troppo assoluta. Esatta in dritto come in equità, allorquando il creditore, cedendo una porzione del suo credito, ha garentito mercè una particolare stipulazione la solvibilità attuale e futura del debitore ceduto, questa dottrina è contraria all'equità e ai principii del dritto, allorchè la cessione è fatta puramente e semplicemente senza alcuna clausola speciale che obblighi il cedente a far godere il cessionario. In quest'ultimo caso il cedente e il cessionario sono sulla stessa linea, allo stesso rango; e se il debitore diviene insolvibile, debbono entrambi sopportare la loro parte nella perdita comune: saranno dunque pagati per concorrenza sul prezzo prodotto dall'immobile affetto al loro privilegio: qualunque graduazione, la quale accordasse ad uno più che ad un altro, avuto riguardo alle loro rispettive parti nel credito che loro appartiene in comune, sarebbe contraria alla verità delle cose e andrebbe contro il voto della legge.

IV.— 240. Ecco un ultimo punto sul quale la opinione seguita dal Troplong o dalla maggioranza degli autori è per lo contrario manifestamente la migliore: è quello già indicato sopra al n. 234, in cui il conflitto a luogo tra mutuanti di capitali i quali, avendo sodisfatto il creditore, gli sono stati surrogati, non già con uno stesso atto (ved. per questo caso il n° 233), ma con atti successivi. P. es. io vi ho venduto per 50mila fr. un podere che voi mi avete pagato sino alla concorrenza di 25mila fr. con fondi da voi tolti a mutuo da Giacomo, il quale ha adempiuto le condizioni volute dalla legge ed è stato a me surrogato sino a concorrenza, (*ved. supra*, n. 224). In seguito e quando il termine tra noi convenuto è presso a spirare, voi mutuate da Giuseppe la somma di 25mila fr. che mi rimane dovuta, e Giuseppe nel mutuarvela adempie pure le condizioni volute, ed è a me surrogato a sua volta. (È noto che il prestito di danari fa acquistare il privilegio, purchè sia fatto in vista dell'acquisto e per liberare l'acquirente, tutto che non abbia luogo pria dell'acquisto, *supra*, n. 228). Operate queste surrogazioni, voi siete espropriato e il podere da me vendutovi per 50mila fr. non ne produce più di 40mila. Come saran distribuiti questi 40mila fr. tra Giacomo e Giuseppe, in poter dei quali è passato il mio privilegio per effetto delle surrogazioni che essi ànno successivamente ottenute? Se le cose fossero, nel momento della espropria a voi fatta, tali quali erano al momento della vendita da me consentitavi, la distribuzione non soffrirebbe difficoltà. Io son rimasto creditore di 25mila fr., avrò dunque il benefizio dell'art. 1252 ed in virtù di questo articolo prenderò nella graduazione questi 25mila fr. in preferenza di Giacomo, primo mutuante di danari, il quale non trovandone che 15mila ne perderebbe 10 mila sui 25 mila da lui mutuati. (*Ved.* n. 224). La questione è adunque di sapere se Giuseppe, nel mutuarvi ulteriormente i 25 mila fr. che mi restavano dovuti, ed ottenendone surrogazione sino a concorrenza abbia acquistato quel dritto di preferenza che in forza dell'art. 1252 rannodavasi alla porzione di prezzo che mi rimaneva dovuta, e se possa opporlo a Giacomo, come avrei potuto farlo io nel caso in cui fossi rimasto creditore. Gli autori seguendo in ciò a un di presso unanimamente la dottrina del Pothier si pronunziano per la negativa. Allorquando un creditore, dice in

fatti il Pothier, ha ricevuto in diversi tempi vario porzioni del debito da differenti persone che ha surrogate ai suoi dritti per le porzioni che da esse riceveva, e rimane tuttora creditore di una parte, *tutte queste diverse persone debbono venir tra loro in concorrenza*, ma egli debbe essere ad esse preferito. La ragione della prima parte della massima è evidente; la ragione della seconda si è che la surrogazione non può giammai opporsi, nè pregiudicare al creditore che à surrogato (1). Gli autori, abbiam detto, sono oggidì di questo avviso pressochè unanimamente (2) e con grandissima ragione a parer nostro. Il dritto risultante dall' art. 1252 è già molto esorbitante, allorchè è esercitato dal creditore stesso, e noi l'abbiam fatto notare al n.° 224, non fa dunque mestieri esagerarlo con una estensione irragionevole che lo farebbe sopravvivere alla estinzione de credito al quale è inerente. Non vogliam dire che possa esercitarsi sol dal creditore stesso; crediamo al contrario che possa esercitarsi da chiunque acquista il credito stesso al quale è inerente, p. es. il cessionario del creditore, il donatario, il legatario, o tutt' altri al quale il creditore avesse trasmesso il suo credito o la porzione che ne aveva conservata. Ma allorquando invece di trasmettere questa porzione, il creditore ne riceve il pagamento coi danari mutuati e il mutuante è a lui surrogato, è tutt' altro. Il surrogato non può dirsi in possesso del credito stesso, chè esso si è estinto col pagamento: più non v'è dunque ragione per accordare al secondo surrogato un dritto superiore a quello del primo; entrambi trovansi sotto l'impero del dritto comune. Tale è la dottrina ammessa e sviluppata dal Marcadè (Ved. t.III, n. 713 e segg.). Essa ci sembra di una perfetta esattezza. Così, nella nostra specie, Giacomo e Giuseppe, collocati nello stesso rango saran pagati in concorrenza e ciascuno di essi prenderà 20 mila fr. sui 40mila prodotti dall' immobile espropriato.

SEZIONE III.

DEI PRIVILEGI CHE SI ESTENDONO SUI MOBILI E SUGL' IMMOBILI.

2104 [1973]. I privilegi che si estendono sui mobili e sugl'immobili sono quelli indicati nell'art. 2101 (a).

2105 [1974]. Quando per mancanza di beni mobili, i privilegiati, dei quali si è fatta menzione nel precedente articolo, si presentano per essere soddisfatti sul prezzo di uno stabile in concorso dei creditori privilegiati sul medesimo, i pagamenti si eseguono coll' ordine seguente:

1° Le spese giudiziarie ed altre indicate nell'articolo 2101;

2° I crediti specificati nell' articolo 2103 (b).

SOMMARIO.

1. Enumerazione dei privilegi compresi in questa categoria. Quella del Codice è incompleta: è uopo aggiungervi i privilegi stabiliti da leggi particolari.
2. Del resto i privilegi generali sui mobili e gl' immobili non affettano gl'immobili che sussidiariamente. Conseguenze: il creditore che si presenta per essere pagato sul prezzo di un immobile, senza avere escusso il mobile non deve meno essere graduato, ma condizionalmente o eventualmente; che se lo caso di sufficiente mobiliare abbia trascurato di farsi collocare sul prezzo, è decaduto e non può farsi collocare sul prezzo degl'immobili; ma la decadenza non è che relativa, e se il montare del credito fosse superiore al prezzo del mobiliare non escusso, il creditore dovrebbe essere graduato nel suo rango per la differenza.
3. Classifica dei privilegi di che parlano i nostri articoli nel caso di concorso coi privilegi speciali sull'immobile il cui prezzo è a distribuire. Applicazione dell'art. 2105, critica di esso.

I. — **241.** Coi nostri articoli diam principio all'ultima categoria dei crediti privilegiati, di quelli alla sicurezza dei quali la legge affetta con privilegio la generalità dei mobili e la generalità degl' immobili del debitore. Questi crediti, già il sappiamo (n. 65) e l'art. 2104 col dice espressamente, son quelli enunciati nell'art. 2101, vale a dire le spese giudiziarie, le spese funerarie, le spese quali che sieno dell'ultima malattia, i salarii delle persone di servizio e le somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia (*Ved. supra* n. 66—92).

Ci è noto altresì che la enumerazione fatta dal Codice Napoleone dei privilegi che rientrano in questa categoria non è completa. È uopo aggiungervi il privilegio del Tesoro pubblico pel ricupero delle spese giudiziarie in materia criminale, correzionale e di polizia, il quale affetta ugualmente la generalità degl'immobili dei condannati (*Ved. supra*, n. 44). è uopo aggiungere in oltre il privilegio del Tesoro pubblico e quello del Tesoro della Corona per lo ricupero dei loro crediti, poichè questi privilegi ricadono se non su tutti gli immobili, almeno su taluni immobili dei contabili e sul mobiliare ad un tempo. (Ved. i n. 48, 41 e 42). Nonpertanto evvi tra questi

(1) V. Pothier (Introd. tit. 20, c. al. d'Orleans, n. 87).
(2) Ved. Toullier (t. VII, n. 170 e 239), Grenier (t. I, p. 181), Duranton (t. XIX, n. 228), Zachariæ (t. II, p. 213), Troplong (n. 378 e seg.).—Ved. nonpertanto Mourlon (n. 330).
(a b) Niuna divergenza è fra questi articoli.

ultimi privilegi a quelli stabiliti dal Codice una notevole differenza in quanto alla classifica; noi vi ritorneremo infra n. 246.

II. — 242. I creditori il cui privilegio affetta ad un tempo i mobili e gl'immobili non vengono non pertanto sul prezzo degl'immobili che sussidiariamente. Tale idea è espressa dall'art. 2105 con queste parole « nel manco di mobiliare » di cui si avvale. Si è questa, come abbiamo già assodato al n. 44, una regola comune ai privilegi enunciati nell'articolo 2101 ed a quello del Tesoro pel ricupero delle spese giudiziarie.

Di qui una conseguenza a dedurre; si è che il creditore il cui privilegio si estenda ad un tempo sugl'immobili a sui mobili non avrà azione sugl'immobili e non potrà prendere la sua parte nella distribuzione del prezzo che sol dopo aver esaurito il valore del mobiliare del suo debitore, o se questi non aveva mobili, o il che vale lo stesso, non ne avesse altri oltre quelli dalla legge dichiarati insequestrabili (1).

Vale a dire che debbesi ricusare qualunque graduazione ai creditori che godono di un privilegio sui mobili e gl'immobili, allorquando si presentano per essere pagati sugl'immobili senza aver escusso il mobiliare? La quistione non può risolversi in tesi assoluta; è uopo distinguere secondo le situazioni.

243. P.es. supponiamo che dei creditori iscritti sur immobili ne facciano il pegnoramento e che il prezzo sia messo in distribuzione. I creditori dell'art. 2101, di cui questi immobili sono il pegno sussidiario, dovran lasciar operare la distribuzione e dovranno essere respinti, se si presentino, sol perchè, per un fatto accidentale, avviene che la distribuzione del prezzo degl'immobili precede la escussione di un materiale affetto in primo rango al loro privilegio? Al certo la esclusione qui sarebbe ingiusta, tanto più che questo mobiliare, il quale è il pegno principale dei creditori dell'art. 2101 può in diffinitiva essere insufficiente per soddisfarli, e che in tal modo, messi da banda da una parte nella graduazione aperta sul prezzo degli immobili, e dall'altra non a sufficienza garentiti dal mobiliare al quale sarebbero rinviati, verrebbero evinti da creditori men favorevoli di essi, e per la più singolare inversione, troverebbero una causa di pregiudizio nel favore stesso da cui è circondato il loro credito. Da un'altra banda può stare che il mobiliare, ancora intatto del debitore, basti a soddisfare i creditori di cui è il pegno principale; ed allora se questi creditori son pagati del loro credito sul prezzo degl'immobili, potrebbe avvenire che quelli di cui questi immobili sono il pegno unico e speciale perderebbero il loro in tutto o in parte; epperò la collocazione avrebbe vantaggiato ai chirografarii, i quali trovando un mobiliare ormai libero dal privilegio cui era affetto, verranno in concorrenza ad esercitarvi quel dritto di pegno generale che gli articoli 2092 e 2093 accordano ad ogni creditore sui beni del suo debitore. Non si ammetteranno diffinitivamente i creditori dell'articolo 2102 alla graduazione aperta sul prezzo degli immobili; ma non saranno neppur diffinitivamente respinti, si accorderà loro una graduazione *eventuale* o *sotto condizione*; saranno collocati per quel che i mobili del loro debitore fossero insufficienti a far fronte al loro credito. E siccome in fin dei conti spetta ad essi di essere diligenti, si darà loro un termine nel quale dovranno escutere il mobiliare del loro debitore, affinchè terminata la escussione, la graduazione eventuale che avranno ottenuta sulla distribuzione del prezzo degl'immobili svanisca o sia ridotta nella misura della porzione di credito che il prodotto dei mobili non avesse coverta (2). P.es. essi eran creditori di 3mila fr., saran collocati in primo rango, ma eventualmente soltanto per questa somma nella graduazione aperta sul prezzo degl'immobili, ed un termine qualunque, di cui le circostanze determineranno la durata, sarà loro accordato per escutere il mobiliare del loro debitore; poscia eglino agiranno in conseguenza, e se pagate tutte le spese rimane libera sul prezzo degl'immobili una somma di 3mila fr., la graduazione eventuale che avranno ottenuta nella collocazione aperta sul prezzo degl'immobili sarà come non avvenuta; se il prezzo rimasto libero si elevi a 1500 fr. Soltanto, la collocazione eventuale sussisterà e diventerà diffinitiva pei 1500 fr., formanti la differenza tra il prodotto dei mobili e il montare del credito.

244. Ma ecco un'altra ipotesi. Il debitore aveva un ricco mobiliare, il cui prezzo è stato distribuito tra'creditori chirografarii, per non aver i creditori dell'art. 2101 opposto il loro privilegio. In seguito, taluni immobili appartenenti a questo stesso debitore sono a lui pegnorati, si apre una graduazione sul prezzo; questi creditori dell'art. 2101, i quali àn trascurato di esercitare il loro dritto sul mobiliare, saranno ora ammessi e collocati in questa graduazione? Certo che no; la situazione quì non è più la stessa; vi è stata trascuraggine e colpa per non essersi presentati alla di-

(1) Ved. Bruxelles, 21 agosto 1810.

(2) Cour.Amiens,24 ap. 1822; Agen, 23 ag. 1834.

stribuzione del prezzo del mobiliare, chè esso giusta la legge era gravato in primo rango dal privilegio di tali creditori. Senza dubbio e per un favore tutto speciale, questo privilegio si estende altresì agl'immobili del debitore, ma non colpisce in egual modo i mobili e gl'immobili, non colpisce gl'immobili che sussidiariamente, è in certo modo un secondo privilegio che si aggiunge al primo, un privilegio del tutto secondario e di cui per conseguenza il creditore non può fare, a suo talento e seguendo il suo capriccio, il privilegio principale. Dacchè il mobiliare è escusso, è uopo che venga alla escussione e vi partecipi, tale è il suo primo dovere; e se omette di adempierlo, è a suo rischio e pericolo, la colpa che in ciò commette non può nuocere che a lui, ei solo debbe sopportarne la pena. Quale pena? Evidentemente il decadimento (relativo e non assoluto, come or ora vedremo) del suo dritto di preferenza sugl'immobili ai quali, per volontà chiarissima della legge, il suo privilegio non era affetto che sussidiariamente. Se fosse altrimenti, se dopo aver trascurato di utilizzare i suoi dritti sul mobiliare, vale a dire sul pegno che la legge gli assegna principalmente, potesse essere rilevato dalla sua negligenza ed ottenere il primo rango nella graduazione aperta sul prezzo degl'immobili, le conseguenze della colpa graviterebbero non già su chi l'ha commessa, ma sui creditori, privilegiati o ipotecarii, di cui questi immobili erano il pegno speciale, e che astretti a dar la preferenza a colui che avrebbe potuto, volendolo, esercitare i suoi dritti su altri beni, più non troverebbero che un pegno menomato ed insufficiente per covrirli dei loro crediti, avverrebbe dappoi, in definitiva che i creditori dell' art. 2101 sarebbero in certo modo padroni delle graduazioni, e che astenendosi per capriccio, forsanco per frode o collusione, di partecipare alla escussione del mobiliare, potrebbero sacrificare non solo sè stessi, ma anche i creditori chirografarî, i creditori ipotecarî o privilegiati sugl'immobili. Simili risultati non potrebbero al certo essere censurati, la sola decadenza li mette da banda, e con tutta ragione la dottrina e la giurisprudenza vi si son soffermati (1). Taluni arresti non pertanto decidono che la decadenza non dev'essere pronunziata che sol quando coloro che respingono l'esercizio del privilegio sugl'immobili provino che per frode, collusione o negligenza grave il creditore abbia omesso di farsi collocare sul prezzo dei mobili (2). Noi non andremo al oltre, ed invertendo la proposizione diremo volentieri che colui il cui privilegio affetta la generalità dei mobili e sussidiariamente la generalità degl'immobili del debitore sarà decaduto dal suo dritto di preferenza sul prezzo degl'immobili a meno che non istabilisca che senza sua colpa non è stato collocato sul prezzo del mobiliare.

245. E non pertanto, anche nel caso in cui la decadenza dovrà pronunziarsi, essa non sarà assoluta, se avviene che il montare del credito sarà superiore alla somma prodotta dalla vendita del mobiliare del debitore. In questo caso il creditore anche negligente che avrà omesso di presentarsi alla distribuzione del prezzo del mobiliare dovrà essere ammesso e collocato nella graduazione aperta sul prezzo degl'immobili. Ma in quale misura ed in qual rango? È uopo che il prezzo degl'immobili dia al creditore tutto ciò che il prezzo del mobiliare non gli ha dato; ed in quanto al rango esso è fissato dall'art. 2105, che prevedendo la ipotesi in cui nel manco di mobiliare, i creditori dell'art. 2101 si presentino per essere pagati sul prezzo di un immobile, dichiara espressamente che la preferenza è dovuta ai primi. Ciò posto, il creditore dell'art. 2101 nella nostra specie sarà collocato in primo rango nella graduazione aperta sul prezzo degl'immobili per la somma formante la differenza tra il prodotto della vendita dei mobili, deduzione fatta delle spese e il montare del suo credito. P. es. un patrocinatore, o tutt'altro creditore dell'art. 2101 aveva un credito di 3000 fr. su di un debitore il cui mobiliare è stato sequestrato o venduto. Questo mobiliare, ha prodotto, pagate tutte le spese, una somma di 2000 fr. che è stata distribuita tra chirografarii, per non avere il creditore dell' art. 2101 opposto il suo privilegio. Costui si presenta alla graduazione aperta in seguito sul prezzo degl'immobili del suo debitore, vi dovrà essere ammesso e collocato in primo rango, ma sol per i mille fr. formanti la differenza tra il montare del suo credito e ciò che poteva ricevere e non ha ricevuto per sua colpa sul prezzo del mobiliare. Secondo il Persil, il creditore non dovrebbe venire anche per questi mille fr. che dopo i creditori privilegiati o ipotecarii, inscritti sugl' immobili, e non dovrebbe essere pagato che, sol quando, soddisfatti del tutto questi ultimi creditori, rimanesse qualche cosa del prezzo degl'immobili (3). Ma non basta; questi mille fr. nella nostra specie costituiscono un credito meno-

(1) Ved. Reg., 22 agosto 1836; Lyon. 14 dicembre 1832; Limoges, 9 luglio 1842 (Dev., 33, 2, 169; 36, 1, 625. 43, 2, 10). — Ved. Grenier (t. I, n° 371), Delvincourt (t. III, p. 271 note). Persil (art. 2104, n° 5), Dalloz (loc. cit., n° 21). Zachariae (t. 3I, p. 116). Tauher (t. VII, p. 135), Duranton (t. XIX, n° 200), Troplong (n° 251 *bis*), Mourlon (n° 185).

(2) Ved. notamento di Limoges del 9 luglio 1842, è la nota precedente.

(3) Ved. Persil (*Quest.*, t. I, lib. 1 cass. 2, § 1, p. 20). — Conf. Dalloz (*loc. cit.*, n° 21).

mato in quanto alla cifra, ma che nulla perde in quanto alle prerogative ed alle sicurezze che gli son proprie. Esso debbe dunque aver la preferenza non solo su quello dei chirografarii,ma anche su quello dei creditori che non ànno che una ipoteca o un privilegio speciale sugl'immobili, poichè la legge,quando lo suppone in concorso con quest'ultimo,gli accorda espressamente il primo rango. Tutt'altra graduazione sarebbe adunque arbitraria, non avendo alcuna base nella legge; ed al contrario la collocazione in primo ordine si giustifica con l'autorità del testo,senza che,almeno sotto questo punto di vista del testo, i creditori ipotecarii o privilegiati, inscritti sugl'immobili abbiano a dolersene, poichè alla fin fine trovano nel loro prezzo la sicurezza stessa su cui avevano dritto di contare, essendo la graduazione ridotta a termini tali che essa non toglie al loro pegno che quanto esso avrebbe dovuto perdere necessariamente a loro riguardo, se il creditore che li primeggia non avesse trascurato di presentarsi alla distribuzione del prezzo del mobiliare. — Non pertanto se la dottrina del Persil non è quella consacrata dalla legge, è almeno quella che la legge avrebbe dovuto consacrare. E ciò ci guida alla classifica dei privilegi generali, di cui qui ci occupiamo, allorchè trovansi in concorso coi privilegi speciali su taluni mobili.

III. — 246. Il legislatore, prendendo in considerazione il favore eccezionale dei creditori dell'art. 2101, che ragioni di ordine pubblico o sentimenti di giustizia e di umanità fanno allogare nella prima linea dei crediti privilegiati, e ravvisando da un altro lato che, almeno in generale, trattasi di crediti di lieve importanza, il legislatore vuole che il ricupero ne sia per quanto più possibile assicurato. In conseguenza ammette il creditore ad esercitare il suo dritto sugl'immobili del suo debitore,qualora il mobiliare sia insufficiente per soddisfarlo, e ciò anche in preferenza ai creditori che ànno su questi immobili un privilegio speciale.

Sotto quest'ultimo rapporto evvi una notevole differenza tra' privilegi enunciati nell'art. 2101 e quelli che sono stabiliti da leggi speciali in favore del Tesoro pubblico, vuoi pel ricupero delle spese giudiziarie in materia criminale, correzionale e di polizia, vuoi pel ricupero del dare dei contabili (*ved. supra*, n. 241). Questi privilegi, tutto che affettino ad un tempo i mobili e gl'immobili, tutto che uno di essi, il primo, affetti anche, come quelli enumerati nell'art. 2101, *tutti* gl'immobili e al tempo stesso tutti i mobili, non godono nonpertanto dello stesso favore di quelli dell'art. 2101, poichè in diffinitiva non vengono, giusta le leggi speciali che li stabiliscono, se non dopo i privilegi dell'art. 2103, vale a dire dopo i privilegi su taluni immobili (Ved. n. 232). Ciò è di una perfetta giustizia; la protezione dovuta al Tesoro in vista dell'incasso dei pubblici danari non debbe essere stabilita in pregiudizio di creditori, il cui pegno speciale ed unico è la cosa ch'eglino stessi àn posta nel patrimonio del loro debitore.

Non pertanto la differenza esistente sotto tal rapporto tra' privilegi del Tesoro pubblico e quelli dell'art. 2101 non è giustificata. Per quanto sia favorevole la causa dei crediti enumerati in questo articolo, il legislatore, ci è forza dirlo, ha oltrepassata la giusta misura, se non accordando loro sussidiariamente un privilegio sugl'immobili, almeno fermando in massima, che questo privilegio primeggerebbe anche su questi immobili quello dei creditori speciali. In fin dei conti, questa preferenza si spiega per le spese giudiziarie, in quanto che esse possono vantaggiar tutti, i creditori speciali come gli altri; e la preferenza è qui legittima, tanto più che in diffinitiva il privilegio inerente alle spese giudiziarie non è generale in modo assoluto, e non può, come abbiamo già spiegato sopra al n. 68, opporsi che a quei creditori nell'interesse dei quali si è fatta la spesa. Ma questa preferenza costituisce un favore esagerato in quanto agli altri privilegi dell'art. 2101; non è giusto in fatti che i creditori, il cui pegno speciale ed unico è nell'immobile del loro debitore sieno esposti a perdere una parte del loro credito, perchè questo debitore à altri debiti, allorchè questi son già garantiti da un privilegio che affetta il mobiliare nella sua generalità: ciò non è neppure spiegato da alcun plausibile motivo, e la facoltà di Caen lo esprimeva nelle sue osservazioni sul progetto di riforma ipotecaria preparato nel 1810, allorchè diceva: « Porchè mai, a mo' d'esempio, il venditore perderebbe una parte del suo prezzo, perchè il compratore à dei domestici ai quali son dovuti gli stipendii? Perchè mai il condividente, astretto forse dalla sorte a contentarsi di un pareggiamento, subirebbe una riduzione a pro dei fornitori del suo condividente? I crediti enumerati nell'articolo 2101 sarebbero al certo abbastanza favoriti, collocandoli pria dei crediti chirografarii non solo sui mobili, ma anche sul prezzo degl'immobili, quando non è assorbito da privilegi e da ipoteche (1). »

E la Facoltà di Caen formolando la di-

(1) Vol. I documenti pubblicati nel 1844, t. III, p. 91. Notiamo qui che questi motivi dati dalla fa-

sposizione che avrebbe fatto dritto alla sua giusta critica proponeva dire: « Allorchè il valore degli immobili non è stato assorbito dai crediti privilegiati o ipotecarii, la parte del prezzo che rimane dovuta è distribuita come valore mobiliare ed affetta in preferenza al pagamento dei crediti enunciati nell'articolo 2101. » In questi termini la protezione dovuta ai creditori dello art. 2101 sarebbe sufficiente; nei termini dell'art. 2105 è esagerata.

247. Ed appunto perchè è esagerata, debbesi intendere in modo da non impacciare nel loro esercizio i dritti che appartengono, indipendentemente dal loro privilegio, ai creditori di cui diminuisce e scema la sicurezza. Così, se il mutuante di danari, il condividente, gli operai non hanno alcun mezzo di difendersi dalle eventualità di perdita risultanti da questo dritto di preferenza accordato, anche sull'immobile o sulla porzione di immobile affetta specialmente al loro privilegio, ai creditori dell'art. 2101, il creditore per lo contrario può avere dritti decisivi. Egli ha l'azione risolutoria risultante dall'art. 1654, all'esercizio della quale non potrebbe fare ostacolo il privilegio dell'art. 2101, anche col favore del dritto che l'art. 2105 accorda a questo privilegio di esser preferito, poichè quest'ultimo articolo regola limitatamente la concorrenza, o il conflitto *tra due privilegi* e non distrugge per conseguenza il dritto superiore che ha il creditore di far risolvere il contratto, di cui l'acquirente non esegue la parte a suo carico.

Il venditore avrebbe a parer nostro un altro mezzo, se avesse venduto senza termine pel pagamento; cioè il dritto di ritenzione che l'art. 1612 accorda in tal caso al venditore non pagato. Si è questo un dritto reale, come abbiamo indicato al n.22, non già un dritto puramente personale, il quale non avrebbe esistenza che dal debitore al creditore. Il venditore potrà dunque opporlo ai creditori il cui privilegio generale affetta gl'immobili del loro debitore, senza che la regola di preferenza fermata dall'art. 2105 vi possa fare ostacolo, perchè qui ancora il conflitto si agita, non già tra duo privilegiati (sola ipotesi regolata dall'art. 2105) ma tra un privilegio ed un dritto superiore, il dritto naturale di ritener la cosa che si è venduta, finchè l'acquirente non ne abbia pagato il prezzo.

SEZIONE IV.

COME SI CONSERVINO I PRIVILEGI.

248. Noi esaminiamo qui uno dei punti più gravi della nostra materia, quello nel quale il legislatore preoccupandosi sempre del favore dovuto alla natura dei privilegi, mentre lascia ai creditori che ne sono investiti, i vantaggi ai quali lor dà dritto la qualità del loro credito, pensa nonpertanto all'interesse dei terzi, e provvede al mezzo di evitare ad essi l'errore o il danno che potrebbero provenire dalla ignoranza in cui fossero sulla esistenza del privilegio. Questo mezzo è la pubblicità. In quale misura è essa stabilita? Quali sono le regole che la governano? quali le vie e i mezzi con cui si produce? quali applicazioni comporta? le eccezioni che ammette? Il nostro Codice risponde a tutto ciò in una serie di articoli, dal 2106 al 2113, salvo nonpertanto l'art. 2112 che è uopo toglierne e che abbiam già comentato. (Ved. i n. 236 e seg.) Dobbiam dunque passare ora all'esame di questi punti importanti e difficili, e sì per evitare ripetizioni, sì per mettere maggior metodo e più chiarezza in una materia che è stata complicata e turbata da innumerevoli controversie e da frequenti variazioni, ci è sembrato necessario di non rompere la serie delle disposizioni scritte nel nostro Codice. Riuniamo quindi i sette articoli di che si compone la presente sezione, non compreso l'articolo 2112 già comentato.

2106 [1992]. I privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto tra i creditori, se non quando sieno stati resi pubblici colla iscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche nel modo determinato dalla legge ed a contare dalla data di tali inscrizioni, colle seguenti eccezioni (a).

2107 [1993]. Sono eccettuati dalla formalità dell'inscrizione i crediti mentovati nell'articolo 2101 (b).

2108 [1994]. Il venditore privilegiato conserva il suo privilegio, mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e che dimostra di

colità di Caen sono stati riprodotti nel Belgio nell'epoca della legge del 16 dicembre 1851, che ha modificato il regime ipotecario e an servito di base alle disposizioni con lui il legislatore Belga adottando la proposta della facoltà di Caen, ha soppresso l'articolo 2105, e sostituendovi un paragrafo aggiunto all'art. 2101, giusta il quale « allorchè il valore degl'immobili non è stato assorbito dai crediti privilegiati o ipotecarii, la porzione del prezzo che rimane dovuta è affetta la preferenza al pagamento dei crediti enumerati nel presente articolo. » Ved. il *comment. legis.* del Delebecque, p. 89 e 93.

(a b) Niuna divergenza e fra questi articoli.

esserne dovuto il prezzo in tutto o in parte al venditore: per tal effetto la trascrizione del contratto fatta dal compratore terrà luogo d' inscrizione pel venditore, e per quello che avrà prestato il danaro pagato e che in forza del medesimo contratto sarà surrogato nelle ragioni del venditore.

Ciò non ostante il conservatore delle ipoteche sarà tenuto, sotto pena di tutti i danni ed interessi verso i terzi, di fare di uffizio nel suo registro l'inscrizione de' crediti risultanti dall' atto di alienazione, tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui si è somministrato il danaro, i quali potranno pure far seguire la trascrizione del contratto di vendita, ove non fosse stata fatta, ad oggetto di acquistare l' inscrizione di quanto resta loro dovuto sul prezzo (a).

2109 [1995]. Il coerede o condividente conserva il suo privilegio su i beni di ciascuna porzione o sopra i beni posti all' incanto per conseguire il compenso o il pareggiamento della sua porzione o il prezzo dell' incanto mediante l' iscrizione fatta a sua istanza tra sessanta giorni dall' atto della divisione, o dell' aggiudicazione per incanto; durante il qual tempo non può aver luogo veruna ipoteca su i beni gravati del compenso o aggiudicati per incanto in pregiudizio di colui al quale è dovuto il compenso o il prezzo (b).

2110 [1996]. Gli architetti, appaltatori, muratori ed altri operai impiegati per edificare, ricostruire o riparare edilizii, canali o altre opere, e quelli che per pagarli o rimborsarli hanno prestato danaro, la versione del quale sia verificata, conservano, mediante la doppia inscrizione, fatta, 1° del processo verbale comprovante lo stato dei luoghi, 2° del processo verbale di verificazione, il loro privilegio dalla data della inscrizione del primo processo verbale (c).

2111 [1997]. I creditori ed i legatari che domandano la separazione del patrimonio del defunto, in conformità dell' articolo 878 del titolo *delle Successioni*, conservano, riguardo ai creditori degli eredi o di coloro che rappresentano il defunto, il loro privilegio sopra i beni immobili della eredità, mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno di tali beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione.

Prima che spiri questo termine, non può essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra i detti beni dagli eredi o rappresentanti del defunto, in pregiudizio dei creditori o legatari (d).

2112 [1998]. Ved. *supra*, n. 236 e segg.

2113 [1999]. Tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità della inscrizione pei quali non si sono osservate le condizioni dianzi prescritte affine di conservare il privilegio non lasciano tutta volta di essere ipotecarii; ma l' ipoteca relativamente ai terzi, non prende altra data se non che quella delle inscrizioni, le quali siano state fatte nel modo che appresso sarà spiegato (e).

SOMMARIO

I. Sistema generale della legge presa nel suo insieme. La legge ferma, pria in massima nel primo articolo della serie la necessità per la conservazione del privilegio di una iscrizione al momento stesso in cui il privilegio prende origine; — essa fa l'applicazione della regola ai privilegi del venditore, degli architetti ed operai, o dei mutuanti di danari; — consacra poi tre eccezioni, alle quali è uopo aggiungerne una quarta relativa ai privilegi del tesoro pubblico. Infine con l' ultimo articolo della serie, stabilisce una sanzione pel caso d'inadempimento delle condizioni prescritte dalle disposizioni che precedono. — Questo sistema della legge è di una perfetta logica ed aggiustatezza: per non essere stata compresa, essa è stata tacciata di incoerenza. — Divisione della materia

II. Stabilimento della regola che i privilegi sugl'immobili non hanno *effetto e rango* che mediante la iscrizione. Il Codice Napoleon: è sotto tal rapporto la riproduzione della legge degli 11 brumaio anno 7. e il principio che esso ferma si combina perfettamente con la massima, *privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa*, consacrata dall' art. 2095. L opinione generale degli autori si è pronunziata non pertanto in questo senso che, se la iscrizione è necessaria per assicurare l' *effetto* del privilegio, è inutile per dargli il suo *rango*. Confutazione. — Della iscri-

(a b c) Niuna divergenza è fra questi articoli.

(d) Fra questi due articoli è una lieve differenza di compilazione non di disposizione. L' articolo francese diceva: *i creditori del defunto*... il nostro legislatore à soggiunto, per esser più esplicito: *tanto ipotecarii non iscritti che per iscrittura privata*...; il che, del resto, è così anche in dritto francese. *Il Trad.*

(e) Niuna divergenza è fra questi articoli.

zione dei privilegi. Dei termini della iscrizione nel caso di eccezione determinati dalla legge — Non sarebbe stato giusto di fissare questi termini in modo uniforme.

III. Applicazione della regola al privilegio del venditore — il privilegio è conservato non già con una iscrizione, ma con la trascrizione stessa che rivela la mutazione ai terzi. Storia dell'art. 2108 Cod. Nap.: esso è stata la riproduzione della regola fermata nella legge di brumaio anno 7°, e si rannoda come questa ultima legge alla idea che la trascrizione è necessaria per trasferire la proprietà rispetto ai terzi. Pruova con la discussione del Codice e segnatamente col testo di un articolo del progetto che consacrava questa regola, quale articolo erasi adottato, e non è men soppresso senza che se ne sappia il come e il perchè nella redazione diffinitiva. Conseguenze della soppressione. Impacci che ne sono stati la conseguenza nella dottrina e nella giurisprudenza. Ma il testo ha ripreso oggidì il suo significato e la sua porteta per effetto della legge del 23 marzo 1855, la quale ha ristabilito la trascrizione come mezzo di trasferire la proprietà rispetto ai terzi. Tutto che il privilegio sia conservato con la trascrizione non deve meno essere iscritto di uffizio dal conservatore; ma la iscrizione di uffizio non è una condizione necessaria alla conservazione del privilegio, la omissione obbliga soltanto la risponsabilità del conservatore. In ciò il Codice Nap. si è allontanato dalla legge di brumaio. Sviluppi. Quando debbesi prendere la iscrizione del conservatore? È essa soggetta alla regola della rinnovazione? Del dritto *de suite* inerente al privilegio del venditore: vicissitudini della legislazione ipotecaria sotto tal rapporto. — Art. 834, Cod. fr., legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione; rinvio.

IV. Applicazione della regola al privilegio degli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai.— Due inscrizioni e non una son necessarie per la conservazione del privilegio; una di esse è anteriore anche alla origine del privilegio, e la iscrizione invece di essere fatta nel modo determinato dall'art. 2148, si riduce alla relazione: 1° del processo verbale constatante lo stato dei luoghi; 2° del processo verbale di ricezione dei lavori. La seconda inscrizione debbesi fare dopo la ricezione dei lavori, ma la legge non ne fissa termine. Se l'immobile è alienato dal proprietario debitore, quando debbe aver luogo la duplice inscrizione. Rinvio.

V. Applicazione della regola al privilegio dei mutuanti di danaro, vuoi per pagare un prezzo di vendita, vuoi per pagare o rimborsare gli operai, essa è soggetta alle regole esposte nei numeri precedenti.

VI. Prima eccezione alla regola.—Essa concerne i privilegi generali che affettano sussidiariamente gli immobili; consiste in una dispensa assoluta da iscrizione, finchè l'immobile rimane in potere del debitore.—*Quid* se l'immobile venisse ad alienarsi?—Rinvio.

VII. Seconda eccezione.—Essa è relativa al privilegio dei coeredi e condividenti, e consiste in ciò che la iscrizione è presa dopo la nascita del privilegio, ed à un effetto retroattivo che la fa rimontare alla data della licitazione o della divisione in cui il privilegio ha preso origine. L'art. 2109 che consacra questa eccezione debbesi combinare con l'art. 2103, e quindi sebbene non parli del privilegio che pei pareggiamenti o supplimenti di quote e pel prezzo della licitazione, la disposizione ne dev essere estesa al privilegio per la garentia delle divisioni, modo della iscrizione per quest'ultimo privilegio.—Del termine in cui debbesi prendere la inscrizione, della computazione di questo termine, del suo punto di partenza; ipotesi diverse. — Del termine della iscrizione nel caso in cui l'immobile gravato dal privilegio cessa di essere in potere del coerede o condividente debitore.—Rinvio.

VIII. Terza eccezione. Essa è relativa ai creditori e legatarii che domandano la separazione dei patrimonio del defunto, e consiste in ciò che, al pari di quella relativa al privilegio dei condividenti e coeredi la inscrizione ha luogo *dopo* e non già al tempo stesso della nascita del dritto: la inscrizione agisce retroattivamente. Termine in cui devesi prendere la inscrizione: quistioni. — Del resto la materia della separazione dei patrimonii si è trattata dal Marcadè all'art. 878, Cod. Nap. — Rinvio.

IX. Quarta eccezione.—Essa concerne i privilegi del tesoro pubblico e consiste in ciò, che la inscrizione è presa anche dopo la origine del privilegio. Tale regola è speciale al privilegio del Tesoro pel ricupero delle spese giudiziarie criminali e al privilegio su taluni immobili dei contabili. Ma la legge che accorda un privilegio alla regia delle dogane nulla dice sul modo di conservazione. Conseguenze.

X. Sanzione stabilita dalla legge.—In caso d'inadempimento delle condizioni prescritte per la conservazione dei privilegi, il privilegio degenera in semplice ipoteca e l'ipoteca non data rispetto ai terzi che dalla epoca delle inscrizioni. — Applicazioni.

XI. Appendice.—Del dritto *de suite* e specialmente della legge sulla trascrizione. Sguardo generale sulla legge. Essa può concernere il dritto di preferenza risultante dal privilegio; ma à particolarmente in mira il dritto *de suite*.—In massima la trascrizione arresta il corso delle inscrizioni. L'art. 834, Cod. fr. è abrogato. Conseguenza per quanto riflette i privilegi generali dell'art. 2101; — per quel che riguarda il privilegio degl'imprenditori ed operai; — per quel che concerno la separazione dei patrimonii.

Ma per eccezione il venditore e il condividente possono, inscrivendosi nei 45 giorni dal loro titolo, conservare il loro privilegio in caso di alienazione dello immobile per parte del loro debitore e non ostante tutte le inscrizioni di atti fatti in questi termini. Motivi.

Sviluppi per quanto concerne il privilegio del venditore. — Quistioni diverse.

Delle vendite successive; degli effetti della trascrizione di un ultimo contratto, allorquando i proprietarii precedenti vi son nominati. Della perdita del privilegio; essa trae seco la perdita dell'azione risolutoria che è ormai inerente al privilegio.

Sviluppi su quanto riguarda i privilegi dei coeredi e condividenti; la perdita del dritto *de suite* trae forse seco la perdita del dritto di preferenza?

I.— 249. I sette articoli che qui riuniamo offrono nel loro insieme tutto il sistema della pubblicità dei privilegi sugl'immobili. Lasciando per un momento da banda quanto si è detto in dottrina e in giurisprudenza su questo grave subbietto, guardiamo soltanto la legge per valutarla in sè stessa e mercè le sue disposizioni, e dovrem riconoscere che essa è logica oltre ogni dire, ch'essa procede con un metodo ed un'aggiustatezza perfetti, e che di tutti i sistemi possibili essa consacra quello che più direttamente mena allo scopo che doveasi proporre. Così, in un buon regime ipotecario, qualunque dritto reale, dacchè si forma, debb'esser messo a conoscenza dell'universale; chè da una banda un tale dritto si esercita verso tutti, ed allora ben è mestieri che tutti possano conoscerlo perchè sieno avvertiti a

rispettarlo; dall' altra esso affetta la cosa, che viene con ciò a scemare, ed è di tutta giustizia e della sicurezza delle transazioni, che l'affezione possa conoscersi perchè coloro i quali entrassero in relazioni di affari col proprietario sappiano qual è lo stato reale della proprietà che va a divenire loro pegno, e non possano prendere abbaglio sulle garenzie e sulle sicurezze che offre il loro futuro debitore. Il legislatore parte da questa idea, e siccome il privilegio sugl' immobili costituisce uno dei dritti che producono una affezione reale della cosa, ferma in massima nello art. 2106, che il privilegio, dacchè prenderà origine, sarà reso pubblico con una iscrizione fatta nel modo determinato dalla legge.

Ma àvvi delle circostanze in cui la iscrizione può non esser presa, vuoi perchè sarebbe inutile, atteso la esiguità del credito, vuoi perchè supplita da una formalità equivalente sotto il punto di vista della pubblicità: altre circostanze in cui la iscrizione non può farsi nel modo determinato dalla legge; altre infine, in cui non sarebbe possibile di farlo al momento stesso nel quale il privilegio ha origine; di qui la serie delle disposizioni che organizzano tutta questa materia. La legge ci dice in conseguenza: 1° in quanto ai crediti dello art. 2101, son dispensati dalla inscrizione (art. 2107) quelli che àn per pegno la generalità dei mobili del debitore e non affettano gl'immobili che sussidiariamente (*ved. supra*, n. 242); 2° in quanto al privilegio del venditore che la iscrizione vien supplita dalla trascrizione della vendita, la quale in fatti mentre porta a cognizione dall' universale la mutazione, gli fa sapere che l'antico proprietario, rimasto creditore di tutto o parte del suo prezzo, ha ritenuto un dritto reale sulla cosa (art. 2108); in quanto al privilegio degli architetti, imprenditori, fabbricatori ed altri operai, che la inscrizione dovra precedere la origine del credito, e che non potendo quindi farsi nel modo determinato dalla legge all'art. 2148, avrà luogo mercè la riproduzione di due processi verbali, il cui ravvicinamento fa conoscere la plusvalenza su cui riesde il privilegio del coerede o del condividente, quello dei creditori e legatarii che domandano la separazione del patrimonio, e da ultimo quello del Tesoro pubblico di che il Codice non parla, ma di cui si occupano le leggi speciali già da noi comentate (n. 231), che la inscrizione potrà prendersi dopo la origine del credito privilegiato, e non rimonterà meno al giorno in cui è nato questo credito; purchè la iscrizione sia fatta nel termine impartito dalla legge; termine cho varia secondo la natura di ciascuno di questi diversi privilegi (art. 2107, 2111; legge del 5 sett. 1807).

Da ultimo la legge vuole essere obbedita, e siccome qui è preoccupata dall' interesse dei terzi, siccome agli occhi suoi è uopo anzi tutto, che i terzi non possano essere ingannati, essa pone le condizioni di pubblicità da lei sanzionate sotto la comminazione di una pena, o di una specie di decadenza, la quale deve colpire il creditore negligente; vuole che, nel manco dal canto del creditore di aver adempito le condizioni alle quali è subordinata la conservazione del privilegio, il credito perde il favore che teneva per sua stessa natura; che sia decaduto dalla sua qualità di credito privilegiato e riceva l'applicazione della regola comune in materia d'ipotecs, vale a dire che prende rango soltanto alla data della iscrizione che se ne dovrà fare (art. 2113).

Tale è nel suo insieme la economia della presente sezione. Ripetiamolo, sotto il punto di vista del problema che il legislatore si è proposto e che doveva risolvere, questo evidentemente è quanto v' à di più giusto, di più logico e di più netto; non sappiamo intravvedere che cosa sarebbesi potuto immaginare di meglio concepito e di meglio dedotto. Come avviene dunque che non v'è forse nel Codice altra parte che abbia suscitato tante e sì vive censure? Come le disposizioni della legge àn mai potuto considerarsi dalla generalità degli autori come contraddittorie ed oscure al punto, che le soluzioni ammesse son dinotate come incerte e dubbie da quelli stessi che le difendono? Come si è potuto dire che la legge si condanna per le sue stesse bizzarrie e che, sotto pretesto di organizzare la pubblicità, essa non ha saputo prendere che misure parziali ed ha autorizzato la clandestinità (1)? La ragione di ciò è evidente agli occhi nostri; si è perchè si è isolata questa parte della legge dai precedenti legislativi in cui fu attinta, e trascurando il possente soccorso della tradizione, si è voluto spiegare il Codice in sè stesso, come se fosse stato in questa parte l'opera spontanea dei suoi redattori, il che à menato a sconoscere ad un tempo e la regola e i ragguagli. Così, da una banda si è posta da parte la regola stessa alla quale il legislatore aveva rannodata tutta la sua teoria. Questa regola, dai redattori del Codice tolta ad imprestito dalla legge del dì 11 brumaio, anno 7, era la necessità della trascrizione come mezzo di consolidar la proprietà, di trasmetterla rispetto ai terzi; di tal

(1) Ved. segnatamente il Troplong (n. 267).

che dal giorno in cui la dottrina e la giurisprudenza àn pensato, a torto o a ragione (ritorneremo su di ciò *infra* n° 257 e segg.) che questa regola era stata abbandonata dal legislatore, la legge si è trovata fuorviata, ha perduto il suo ponto di partenza, e molte sue disposizioni sono rimaste senza spiegazione, talmente che una di esse ha potuto esser riguardata come virtualmente abrogata (1). Da un'altra banda e in quanto ai ragguagli, essendo la tradizione dimenticata o sconosciuta, non si è veduto che i nostri articoli, per la più parte almeno, si rannodano parimenti alla legge di brumaio, che era in pieno vigore al momento in cui sono stati redatti. Or il pensiero ch' essi riproducono aveva il suo significato preciso in questa legge le cui disposizioni rigorosamente dedotte non presentavano la menoma oscurità; ma generalmente si è trascurato di rimontare sino ad essa, ed il pensiero del Codice è divenuto confuso, dacchè la tradizione à cessato di rischiararlo: oggidì si è fatto un gran passo verso una dottrina migliore, con la legge del 23 marzo 1855 che, ristabilendo la trascrizione come mezzo di trasferire la proprietà rispetto ai terzi, restituisce ai nostri articoli il loro punto di partenza e il loro principio vitale. Che cosa è uopo ora, perchè ciascuno di essi prenda il suo rango e il suo significato preciso? Sol che il ricondorlo verso l'origine e mostrare ciò che doveva essere e ciò ch'è stato nella economia della legge dalla quale i redattori del Codice l'àn tolta in prestito. E ciò noi tenteremo di fare nelle osservazioni che seguono.

Ci occuperemo in pria della conservazione dei privilegi al punto di vista *del dritto di preferenza*, il che è più particolarmente l'obbietto degli art. 2106 e segg., Cod. Nap., e sotto questo punto di vista tratteremo successivamente: 1° dello stabilimento della regola che tra' creditori i privilegi non ànno effetto che mediante la inscrizione; 2° delle applicazioni che fa la legge stessa a diversi privilegi; 3° delle eccezioni stabilite vuoi dal Codice, vuoi da leggi speciali in favore di altri privilegi; 4° della sanzione in caso di inadempimento delle condizioni determinate. Poscia in un appendice più specialmente relativo alla conservazione dei privilegi al punto di vista del dritto *de suite*, ci occuperemo delle modifiche che sono state fatte al Codice Napoleone da leggi ulteriori e segnatamente dalla legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione.

II. — 250. In massima, il creditore privilegiato che vuol conservare rispetto agli altri creditori coi quali può trovarsi in concorrenza sulla distribuzione del prezzo di un pegno che era ad essi comune, il dritto di preferenza inarente al suo credito, devesi affrettare a render pubblico il suo privilegio col mezzo della inscrizione. Ciò risulta dall'art. 2106, col quale si apre la sezione relativa alla conservazione dei privilegi. Trai creditori, esso dice, i privilegi non producono effetto *rispetto agli immobili*, che in quanto sono resi pubblici *mercè inscrizione* sul registro del conservatore delle ipoteche, nel modo determinato dalla legge, *e a contare dalla data di tale inscrizione*. Ecco dunque la regola qual' essa risulta dai termini della legge: il privilegio non ha effetto e rango tra' diversi creditori di un medesimo debitore se non a condizione di essere stato reso pubblico, salve talune eccezioni determinate dalla legge, e di cui or ora ci occuperemo.

251. Di tutti gli articoli della nostra sezione ecco al certo quello che è stato più vivamente censurato. Forse con ragione? Lo vedremo tra breve. Anzi tutto è uopo circoscrivere la disposizione della legge nel suo obbietto preciso.

In primo luogo l'articolo ci parla dell'effetto dei privilegi *tra' creditori*; e con ciò il suo obbietto si limita a uno dei due dritti essenzialmente differenti nei quali si riassumono e l'ipoteca e i privilegi sugl'immobili; il dritto *de suite* e il dritto di preferenza; il primo che esercitasi sulla cosa, e che interessa particolarmente i creditori nei loro rapporti coi terzi acquirenti dell' immobile gravato del loro credito; il secondo che esercitasi sul prezzo e quindi è del tutto estraneo ai terzi acquirenti, e non concerne che i creditori nei rapporti tra loro. Questa separazione dei due dritti, risultante vuoi dall' ipoteca, vuoi dal privilegio sugl' immobili è stata talvolta sconosciuta; e segnatamente dalla Corte di Cassazione in quella lunga serie di arresti che noi valuteremo ad occasione dell' art. 2195, coi quali la Corte decide che la purga estingue l' ipoteca, tanto rispetto ai creditori ed al prezzo, quanto rispetto all' acquirente ed all' immobile; ed in cui emette questa proposizione davvero strana « che la moglie la quale ha perduto il suo dritto *de suite* sull' immobile non può revindicare il suo dritto di preferenza sul prezzo, *poichè il prezzo non è che la rappresentazione dell'immobile affrancato dalla ipoteca, e il dritto di collocazione non è che la continuazione e la conseguenza del dritto. de* e *infra* (n. 258).

(1) Ved. Valette, dello effetto ordinario della iscrizione in materia di privilegio sugl'immobili (p. 72),

suite (1) ». Mostreremo che questo dritto di preferenza che qui ci si dà come una conseguenza del dritto *de suite* è per lo contrario il dritto *essenziale*, più ancora del dritto *de suite*, il quale non è della *essenza* dell'ipoteca o del privilegio, tutto che costituisca una delle sue condizioni di efficacia; che questo dritto è *principale*, tanto che può esistere e prodursi senza dritto *de suite*, come nei privilegi sui mobili (ved. *supra* n. 149) a differenza di quest' ultimo dritto, il quale non può esistere senza dritto di preferenza (2). In quanto al presente ci limitiamo a dinotare l'obbietto distinto dei due dritti e a constatare che ponendo in fronte all' art. 2106 queste parole significative *tra' creditori*, il legislatore ha limitato il suo pensiero ed indicato che, in questa parte del Codice esso si occupa specialmente del *dritto di preferenza*. È essenziale il ritener ciò; si vedrà in seguito che buon numero di punti non son rimasti oscuri in dottrina, se non perchè si è troppo trascurato di rinchiudere questa parte della legge nel suo obbietto preciso.

In secondo luogo l' art. 2106 ci parla dei privilegi *rispetto agl'immobili*. In ciò la disposizione e tutte quelle che la seguono attenuano quanto v'à di assoluto nella rubrica sotto la quale sono allogate. I redattori del Codice àn preso per rubrica questa formola generale: « Come si conservano i privilegi » dalla quale sembrerebbe risultare che la legge vuol regolare il modo di conservazione di tutti i privilegi, per conseguenza di quelli che affettano i mobili al par di quelli da cui possono essere gravati gl' immobili. Ma nulla di tutto ciò; la legge è precisa e il principio ch' essa consacra è scritto limitatamente in vista di questi ultimi. Del resto così doveva essere, chè i privilegi sui mobili àn questo di particolare, che la causa ne è in certo modo notoria da sè stessa, ed inoltre che la maggior parte implicano lo spossessamento del debitore e la detenzione del pegno, vuoi dal canto del creditore stesso, vuoi da parte dei terzi. Con ciò il privilegio si rivela ai terzi, e il mobile mostrasi, senza il soccorso di alcuna speciale notifica, menomato per effetto dell' onere che lo grava; e poscia da ultimo come e dove avrebbe potuto farsene la inscrizione? I mobili non ànno situazione fissa, e il domicilio del debitore, in ragione della grande facilità con cui può mutarsi un domicilio, non ha maggiore stabilità. Così i privilegi sui mobili esistono, producono il loro effetto, possono sempre opporsi ai terzi indipendentemente da qualunque iscrizione; non è mica per essi che si è stabilita la regola della pubblicità.

252. Soffermiamoci dunque ai privilegi sugl'immobili, i soli che la legge à voluto sottoporre alla regola della pubblicità. In quale pensiero ha potuto fermarsi una tale regola. Ciò sembra evidente di per sè stesso. O il legislatore non à voluto dir nulla, o à inteso che la pubblicità sarebbe tale che chiunque contrattasse col proprietario di un immobile, p. es. il capitalista che gli affidasse i suoi fondi sulla garentia di una ipoteca, non sarebbe esposto a trattare nella ignoranza di un peso che già gravava l' immobile e toglieva anticipatamente al mutuante o diminuiva in una proporzione più o meno considerevole la sicurezza sulla quale aveva contato, quella sicurezza che forse lo aveva sol determinato a mutuare. Ciò posto, diciamo che la regola si formola così: tra creditori il privilegio non produce il suo effetto, non ottiene rispetto agli immobili il rango che tiene dal favore del credito, che in quanto al momento in cui prende origine è reso pubblico mercè una iscrizione; in mancanza di ciò e se il credito non si è posto in regola, il suo credito cessa di essere privilegiato, è semplicemente ipotecario, e non può avere altro rango che quello assegnatogli dalla data dell'iscrizione. Ecco, secondo noi, il pensiero della legge, come risulta dagli art. 2106 e 2113 combinati.

253. Nonpertanto per quanto sia repressiva la disposizione di questi articoli, questa opinione, dobbiam dirlo, urta coi dati forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tutti gli autori, almeno fino a questi ultimi tempi, han veduto nell'art. 2106 così inteso qualche cosa che ripugna alla natura del privilegio e che ne distrugge la essenza stessa. Se fosse ammessa questa interpetrazione, dicono essi, se fosse vero che non sarebbe mestieri dare effetto ai privilegi in quanto fossero stati inscritti *e solo a contare dalla data dell'inscrizione*, se fosse vero per conseguenza che il privilegio iscritto non dovesse primeggiare altri crediti iscritti anche anteriormente, ne seguirebbe che più non vi sarebbero privilegi sugl' immobili; che i crediti pretesi privilegiati sarebbero, in fondo, crediti ipotecarii, e dovrebbesi cancellar dal Codice, almeno sotto il punto di vista dei privilegi immobiliari, vuoi l'art. 2095 che definisce il privilegio: « un dritto che la *qualità* del credito dà ad un creditore di esser preferito agli altri creditori, anche ipotecarii » vuoi l'art. 2096, giusta il quale la preferenza li regola, tra creditori privilegiati non già dalla data, ma

(1) Ved. lo arresto delle camere riunite del 13 febb. 1852, a rapporto del consigliere Faustin Hèlie (Dev., 52, 1, 81 Dalloz, 52, 1, 39, J.P., 1852, t. 1, p. 257).

(2) Ved. Benech, nella sua *Monografia sul dritto di preferenza in materia di purga delle ipoteche legali dispensate da iscrizione e non iscritte.*

dalle differenti qualità dei privilegi. E poi quando la dottrina ha constatato questa pretesa contrarietà di vedute nelle disposizioni della legge, essa provvede al mezzo di porre il legislatore di accordo con sè stesso; e l'espediente che propone è semplicemente la soppressione dell'art. 2106, o almeno la mutilazione di questo articolo, una mutilazione equivalente alla stessa soppressione; chè da una banda la dottrina ne toglie le disposizione essenziale, e dall'altra, in quanto alla parte che mantiene, essa ne falsa il senso preciso e il positivo significato. Epperò l'art. 2106 ci dice che i privilegi non producono effetto, rispetto agl'immobili, che sol quando sono resi pubblici da una iscrizione, e poi aggiunge che i privilegi non hanno effetto che a contaro dalla data della loro iscrizione. Or di queste due proposizioni, la dottrina ben accetta la prima, ma ad un punto di vista del tutto ristretto, al punto di vista del dritto *de suite*, chè essa lo spiega nel senso che la legge vuole la pubblicità dei privilegi nell'interesse dei terzi acquirenti, in vista della purga della proprietà, per assicorare la quiete di coloro che l'acquistano, per avvertirli di mettersi in guardia contro tutte le eventualità di evizione alle quali son soggetti, per dir loro di non pagare il loro prezzo, finchè i creditori privilegiati sugl'immobili sieno soddisfatti: in quanto alla seconda proposizione essa è posta da banda, cancellata dalla legge come manifestamente erronea, in quanto che non mica la iscrizione, ma il favore del credito o la sua stessa qualità fa il privilegio: in quanto che la iscrizione non è che una formalità estrinseca, destinata senza dubbio a mettere in azione il privilegio in tutte le sue prerogative, e segnatamente nella più importante di tutte che è quella di primeggiare i crediti ipotecarii, *quale che sia l'epoca della loro iscrizione*; in quanto che, a dir breve, se l'iscrizione è necessaria per assicurar l'*effetto* del privilegio, essa è almeno assolutamente inutile per dargli il suo *rango* (1).

Così, un privilegio ha preso origine il 1 gennaio 1855 a pro di Paolo creditor privilegiato di Pietro per la somma di 20,000 fr., in seguito il 10 febbraio 1855, Pietro toglie ad imprestito da Giacomo un'altra somma di 20mila fr. e gli conferisce una ipoteca che è iscritta in quello stesso giorno. Più tardi ancora, il 20 marzo 1855, Giuseppe valutando il valore dell'immobile e calcolando che, non ostante la ipoteca di Giacomo, l'immobile presenta un pegno sufficiente, consente a prestar 10mila fr. a Pietro; e prende dal suo conto una iscrizione alla data del mutuo. Dopo tutto ciò e solo il 5 aprile 1855, Paolo porta a conoscenza del pubblico il privilegio che aveva preso origine a suo pro sin dal 1° gennaio precedente. In questo stato, Pietro è molestato dai suoi creditori; è espropriato ed il suo immobile aggiudicato produce 35mila fr. Ebbene! Paolo, tutto che il suo privilegio sia stato inscritto dopo i due crediti ipotecarii, verrà nonpertanto in primo rango e prenderà in totalità i suoi 20mila fr.; verrà in seguito Giacomo, e siccome mancano i fondi per lui, riceverà 15mila fr. soltanto e ne perderà 5mila sul montare del credito, tutto che la sua iscrizione abbia preceduto quella di Paolo, ed al momento in cui fu presa, nulla aveva avvertito Giacomo della esistenza del privilegio; ed in quanto a Giuseppe, nulla avrà e perderà i suoi 10mila fr., tutto che il registro del conservatore, portando a sua conoscenza la sola iscrizione di Giacomo, abbia dovuto convincerlo che, avuto riguardo al montare credito iscritto, paragonato al valore del pegno, poteva mutuare con piena sicurezza! Di tal che in questo concorso di tre iscrizioni fatte in date successive, la vincerebbe l'ultima, e tra un creditor negligente e quelli che avessero agito con vigilanza, la perdita sarebbe per questi ultimi!

Ciò è al certo ben strano: è molto ingiusto; e il solo risultato condannerebbe il sistema nel quale può prodursi. Ciò che lo condannerebbe ancora e non meno energicamente si è il suo procedimento e i suoi stessi elementi. Che cosa fa in pria per istabilirsi? Sotto pretesto di spiegar la legge, la va sopprimendo o rifacendo a sua guisa, or passando un tratto di penna su quella disposizione, perchè mal si combinerebbe con quell'altra; or limitando il pensiero espresso, perchè potrebbe avere troppa estensione! E quando ha così proceduto, quando si ha formato una *lettiera* per dir così della legge, su quali elementi viene ad assidersi? Parla di pubblicità, e in un punto ne abbandona la causa, accordando alla inscrizione il beneficio di una retroattività col favor della quale il privilegio si esercita anche contro i creditori ipotecarii ai quali nulla l'aveva rivelato! soggiunge che la pubblicità non è richiesta che sotto il punto di vista del *dritto de suite* e nell'interesse dei terzi acquirenti dimentica che il dritto *de suite* regolato dall'art. 2166 del Codice, è fuori le previsioni del nostro articolo 2106, il quale dice positivamente e

(1) Ved. Tarrible (Rep. del Merlin, v° Privil. di cred., sez. 5), Grenier (t. II, n. 376), Persil (art. 2103, n. 2. e 2108, n. 25). Dalloz (Rep. v° Ip., c. 1. sez. 4, n. 2), Duranton (t. XIX, n. 209, 210), Zachariae (t. I, p. 219), Taulier (t. VII, p. 200), Troplong (n. 268 e 266 bis).—Ved. Rennes, 21 agosto 1811; Ing., 26 lug. 1815, Orleans, 8 giugno 1815 (J. P., 1815, t. II, p 491).

in termini espressi, ch'esso si occupa dell'effetto della iscrizione *tra' creditori*, vale a dire *del dritto di preferenza!* (*ved. sopra*, n. 251). Da ultimo considera la iscrizione ad un tempo come necessaria e come inutile; necessaria sotto il punto di vista dello *effetto* del privilegio; inutile sotto il punto di vista del *rango*; e non s'accorge che il *rango* è indubitatamente uno degli *effetti* del privilegio, anzi quello di cui il nostro articolo esclusivamente si occupa!

Ma ciò che oltre ogni dire condanna il sistema si è la tradizione, la quale spande su questa parte del nostro articolo la più viva luce e non permette di prendere abbaglio sul pensiero in cui fu concepita la disposizione dell'art. 2106 (1).

In ciò come in molti altri punti il Codice Nap. non è l' opera spontanea dei suoi redattori. Il torto della dottrina che combattiamo è stato principalmente quello di aver supposto il contrario, o di aver fatto come se supponesse il contrario, quasi che il principio di pubblicità fosse una innovazione introdottasi con l'art. 2106 nella nostra legislazione francese. Gli è ben vero che paragonando la redazione della nostra legge sui privilegi e le ipoteche, quale è nel Codice Nap., col progetto della Commissione incaricata di preparare il Codice, potrebbesi prendere abbaglio. E di fatti la Commissione non teneva alcun conto della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche; essa la respingeva e provvedeva alla sicurezza dei terzi coi mezzi tolti a prestito all'editto del 1771, di che parleremo all' articolo 2181 e nel quale tentava soltanto di introdurre taluni perfezionamenti. Evidentemente a non considerare che questo progetto e se non fossevi stato, nell'intervallo che separa l' editto di cui il progetto ristaurava i principii e le teorie le quali la discussione del Codice ha fatte prevalere nel 1804, alcun altro sistema di legislazione, l'art. 2106 di questo Codice dovrebbesi considerare come costituente una innovazione legislativa. Ma non si dimentichi che questo progetto della Commissione fu vivamente combattuto, e che le Corti di appello e più ancora quella di Cassazione sorsero con energia contro il ritorno a questo editto del 1771 « il quale non faceva conoscere i creditori di una persona che al momento della discussione generale dei suoi beni, che non ne rivelava la insolvibilità, se non al momento in cui scoppiavano tutte le azioni, in cui più non v'è rimedio, e in cui quel che resta va ad essere ingoiato da enormi spese(2); » non si dimentichi che nella discussione dell'art. 2106 del Codice al Consiglio di Stato, s'impegnò la discussione non solo sul progetto preparato dalla Commissione, ma tra questo progetto e una redazione tutta opposta proposta dalla Corte di Cassazione in questi termini: « Tra creditori i privilegi non producono effetto rispetto agl'immobili e le ipoteche non prendono rango che in quanto sieno rese pubbliche da iscrizione sul registro del conservatore delle ipoteche, nel modo determinato dalla legge, *e a contare dalla data di questa iscrizione*, salvo le sole eccezioni stabilite espressamente dalla legge (3) »; non si dimentichi da ultimo che questa redazione erasi dalla Corte di cassazione tolta ad imprestito dalla legge del dì 11 brumaio, anno 7°, a quella legge che era in pieno vigore al momento in cui era discusso il Codice, e il cui art. 2° esprimeva che « la ipoteca non prende rango e i privilegi sugl'immobili non hanno effetto che con la loro iscrizione sui registri pubblici a ciò destinati, salvo le eccezioni autorizzate dall' art. 11. » L' art. 2106 che, come vedesi, riproduce pressochè letteralmente la redazione proposta dalla Corte di cassazione e tolta da questa Corte alla legge di brumaio, si rannoda dunque invincibilmente a quest'ultima legge, e non può esserne separato (1) e il nostro articolo 2106 debbesi interpetrare sotto la ispirazione dei principii consacrati dalla legge di brumaio.

(1) A tal proposito non sapremmo abbastanza raccomandare all'attenzione dei lettori la notevolissima monografia pubblicata dal Valette sull'*effetto ordinario della inscrizione in materia di privilegio sugl' immobili*. Il dotto professore à avuto per iscopo di determinare il senso preciso della regola fermata nell'art. 2106 e a dimostrato nel modo più energico l'errore della opinione che qui combattiamo. Il primo di tutti i moderni autori, il Valette rannodando il Codice Nap. alla legge di brumaio anno 7°, da cui emana direttamente il Codice, à stabilito che la iscrizione necessaria all'esercizio del privilegio non è una formalità arbitraria, ma si rannoda ad un sistema di pubblicità vero e serio. I lettori, rapportandosi a questa dotta dimostrazione riconosceranno esser questa l'opera di un giureconsulto. Si possono consultare ancora e nello stesso tempo con grandissimo frutto i lavori di Hureaux nei suoi *Studii teorici e pratici sul Codice civile* (studio primo) e del Mourlon nel suo *Esame del Comentario* del Troplong. n. 254 e seg.

(2) Ved. le osservazioni della Corte di Cass., sul progetto del Codice; Fenet, t. II, p. 608.

(3) Ved. l'art. 4 del contro progetto proposto dalla Corte di Cassaz. Fenet, ibid., p. 650.

(4) Il Tripier ha ravvicinato i due testi con una perfetta intelligenza nella edizione pubblicata dei nostri Codici. È uno de' casi in cui si manifesta ad evidenza la superiorità dell'opera del Tripier, il quale ponendo costantemente in confronto il testo della legge attuale e i testi corrispondenti delle leggi antiche, permette al lettore di risalir sempre alle fonti della legge, e gli dà bene spesso la soluzione delle difficoltà che son sembrate enormi, perchè se ne è ignorata la tradizione.

Or qual è stato, sotto il rapporto che qui ne occupa, il pensiero della legge di brumaio? L'art. 2 testè trascritto nol dice precisamente di per sè stesso, chè se esso esige l'iscrizione per dar effetto ai privilegi sugl'immobili non indica almeno quando e come l'iscrizione deve prodursi perchè il privilegio ne ottenga il suo effetto. Ma il pensiero della legge si rivela senza possibile equivoco in tutte le disposizioni che fanno ai privilegi l'applicazione della regola della pubblicità. La legge riconosce tre privilegi sugl'immobili: in pria i privilegi generali per ispese di suggelli ed inventario, per ispese di ultima malattia ed inumazione, per salarii dei domestici, ec., i quali privilegi erano per eccezione sotto la legge di brumaio (art. 11), come lo sono sotto il Codice Nap. (art.2107), dispensati da qualunque iscrizione, e di cui non dobbiam quindi occuparci in questo luogo; e poscia il privilegio del venditore e quello degli operai. Or nulla di più significativo delle disposizioni della legge su questi due ultimi privilegi. In quanto al primo, che diceva essa? Si rannodava alla regola fondamentale di cui aveva fatta la base di tutto il sistema di pubblicità, alla regola che istituiva la trascrizione come il mezzo necessario della trasmissione della proprietà rispetto ai terzi (art. 26) e voleva che questa trascrizione appunto conservasse il suo privilegio al venditore, qualora l'atto di vendita constatasse che l'acquirente rimaneva debitore di tutto o parte del prezzo. Ciò esprimeva l'art. 29 in questi termini: « Allorchè il titolo di mutazione attesta esser dovuto al precedente proprietario o al suo avente causa, vuoi la totalità o parte del prezzo, vuoi delle prestazioni che ne tengano luogo, *la trascrizione conserva a costoro il dritto di preferenza sui beni alienati;* a qual effetto il conservatore delle ipoteche fa iscrizione sui suoi registri dei crediti non ancora iscritti che ne risultassero. » Così nel sistema della legge, la trascrizione *mentre* avverte i terzi della mutazione, li avverte parimenti della esistenza dei privilegi, la cui proprietà è gravata nelle mani del novello acquirente. In quanto al privilegio degli operai, v'è di più; la legge si mostra altrimenti esigente sotto il punto di vista della pubblicità; non basterebbe che il privilegio qui si annunziasse al pubblico nel tempo stesso in cui il credito prende origine, è uopo perchè il privilegio possa opporsi ai terzi che prenda la precedenza e sia notificato anche pria che esista un credito; chè l'art. 14 ci dice che « il processo verbale il quale contesta i lavori a fare debbe essere iscritto *pria di cominciare le riparazioni* e che il privilegio non *ha effetto se non mercè questa iscrizione.* » Or se v'è qualche cosa d' incontestabile al mondo, se qualche cosa è dimostrata da queste applicazioni stesse del principio della pubblicità, si è che la iscrizione di cui è quistione nell'art. 2 della legge di brumaio, questa iscrizione che era la condizione necessaria perchè il privilegio avesse il suo effetto, s'intendeva nel sistema di questa legge di una iscrizione la quale non era utile che in quanto si producesse pria della origine del credito privilegiato, di cui rivelava la esistenza, o almeno al momento stesso in cui nasceva questo credito privilegiato.

Questa adunque è la sola interpretazione che comporta altresì il testo dell'art. 2106 del Codice. Non può stare in fatti, quando la legge di brumaio voleva una pubblicità efficace e seria, una pubblicità concomitante con la origine del privilegio o anche anteriore, una pubblicità che mettesse in guardia i terzi contro qualunque sorpresa, non può stare, diciamo, che il Cod. Nap. abbia abbattuto tutto ciò per mettervi in vece una pubblicità mentita e vana, la quale, non operando che nel passato, lascerebbe i terzi esposti a quelle frodi sempre possibili con la clandestinità dei privilegi, a que danni che questa clandestinità e anche una pubblicità incompleta renderebbe inevitabili. Il Codice non ha potuto voler ciò e in fatti non l'à voluto, gli è evidente in pria dalla redazione del testo; e questa evidenza avrebbe colpito tutti, anche quegli autori di cui combattiamo la dottrina, se i redattori dell'art. 2106 si fossero attenuti alla prima parte di questo articolo in cui è detto che « i privilegi non producono effetto rispetto agli immobili che sol quando sono resi pubblici da inscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche, » poichè allora il legislatore del 1804 non avrebbe fatto che riprodurre le espressioni impiegate dal legislatore dell'anno 7°, ed a fronte di due redazioni del tutto identiche sarebbe stato ben impossibile di ammettere due interpetrazioni opposte. Ma i redattori dell' art. 2106 sono andati più oltre; aggiungendo al testo han detto (ciò che i redattori della legge di brumaio avevano mancato di fare) che il privilegio avrebbe effetto « a contare *dalla data* dell'iscrizione » ; e cosa strana! queste ultime espressioni, attinte dal Consiglio di Stato nel progetto della Corte di Cassazione, e ammesse evidentemente tanto dalla Corte di Cassazione quanto dal Consiglio di Stato, per rischiarare la legge e meglio precisarne il pensiero, son quelle alle quali si è fissata la dottrina sino a questi ultimi tempi, per mostrare l'art. 2106 come una specie di enigma, la cui parola sarebbe introvabile, come un testo il quale non si sarebbe introdotto nella legge che per inavvertenza, e che non potrebbevi esser mantenuto se non a condizione di essere ridotto e

mutilata! Noi crediamo che la tradizione alla quale è uopo sempre rimontare à fatto giustizia di questa inesatta valutazione. Sappiamo che la legge di brumaio, fermando nell'art. 2° il principio della pubblicità, non aveva detto che tale pubblicità alla quale era inerente l'effetto del privilegio dovrebbesi produrre al tempo stesso, o anche prima che il valore immobiliare gravato dal privilegio passasse nel patrimonio del debitore;che se l'art.2° era inteso in questo senso, ciò era meno in forza della sua propria disposizione che in virtù delle applicazioni che la legge stessa ne faceva ai diversi privilegi da essa stabiliti. Ebbene! i redattori dell'art. 2106 Cod. Nap. han voluto formolare il principio in modo completo o metterlo in rapporto con le sue applicazioni; nulla di più han voluto : mettete l'articolo a fronte di questa idea, e nulla v' è a togliere (il che debb'essere di qualche considerazione per l'interprete, il quale pria di spiegar la legge è libero di tagliarla o mutilarla a suo talento); tutto ciò che vi è debbe esservi, chè tutto procede nello spirito del principio: esso esprime che i privilegi non producono effetto che *a contare dalla data dell' inscrizione* : che vuol dir ciò? Vuol dire p. es. che se al momento in cui acquisto da voi un immobile, io aveva come marito, come tutore, o a qualunque altro titolo, i miei beni gravati da una ipoteca legale, questa primeggerebbe il privilegio che voi ritenete come venditore sull'immobile che io ricevo da voi? No certamente; e se nella ipotesi data l'art. 2106 dovesse intendersi in questo senso che il privilegio del venditore non avrebbe effetto e non prenderebbe rango, rispetto ai creditori anteriori dell'acquirente che alla data della formalità che deve renderlo pubblico, gli autori di cui combattiamo la dottrina avrebbero ragione di dirlo, vi sarebbe un manco di armonia nella legge, e l'art. 2106 sarebbe l'abbattimento della regola consacrata dall'art. 2095. Ma da quanto precede scorgesi che il testo ha tutt'altro significato, e che nella sua redazione, la quale del resto potevasi fare più netta e più precisa, esso confonde la data della trasmissione con quella della iscrizione, o non adopera la parola *iscrizione* che in un pensiero generalizzatore per abbracciar tutt'i privilegi, non solo quelli che come il privilegio del venditore son portati a conoscenza dell' universale con la manifestazione stessa che rivela il passaggio della proprietà da una mano in un' altra, ma ancora quelli che, come il privilegio degli operai, si annunziano con una iscrizione anteriore alla origine del privilegio (1). Così rimontando alla tradizione, interrogando l'attuale legge nella sua origine nei precedenti stessi in cui à preso origine, il nostro art. 2106 vuol dire che il privilegio non ha effetto che in quanto sia reso pubblico sul registro del conservatore delle ipoteche nel modo determinato dalla legge *e a datare dalla trasmissione* stessa della proprietà, salvo le eccezioni stabilite.

È uopo insistere di vantaggio? È mestieri andar più oltre? Diremo che la nostra dottrina trova la sua pruova, e la dottrina contraria la sua condanna nei dati forniti dal testo stesso dei nostri articoli, nelle stesse combinazioni, nelle deduzioni della legge. Così, ammettete (il che è una verità eclatante per noi) che il Codice abbia consacrato in massima la necessità di render pubblico il privilegio *al momento in cui prende origine o anche pria*, che abbia subordinato l'effetto e il rango del privilegio a questa condizione, e la legge vi presenterà un insieme di cui ciascuna parte ha il suo valor proprio e il suo significato: allora voi comprenderete a meraviglia che, dopo aver fermato il principio di questa pubblicità contemporanea alla origine del privilegio, o anche anteriore, il legislatore sia venuto a dirci che nonpertanto e per eccezione, nelle circostanze in cui la situazione più o meno complicata non permetterà al creditore di rivelare immediatamente il suo privilegio all'universale, la iscrizione potrà farsene in un termine più o meno lungo ; ora 60 giorni (art. 2109); or sei mesi (art. 2111), con retroattività alla origine del dritto; allora voi comprenderete altresì a meraviglia che per astringere, fuori di queste eccezioni, il creditore ad adempiere immantinenti le formalità in cui il legislatore vede la sicurezza dei terzi, una disposizione comune a tutti i privilegi, lo art. 2113, sia venuta a dire generalmente che tutti i crediti privilegiati, rispetto ai quali tutte le condizioni prescritte non fossero adempite,cesseranno di essere privilegiati e discenderanno nella classe dei creditori ipotecarii. Ma ammettete la dottrina che noi combattiamo e supponete che in seguito dell'effetto retroattivo inerente a qualunque iscrizione di credito privilegiato, il credito deve, in qualunque epoca sia reso pubblico, primeggiare tutte le ipoteche, anche quelle che si fossero acquistate dal nuovo proprietario nel tempo intermedio tra l' alienazione dell'immobile e la pubblicazione del privilegio, bentosto la legge perderà la sua armonia e più non sarà che un ammasso di disposizioni superflue o inapplicabili. Così quale utilità nel dirci che, nel tale o tale altro caso, l'iscrizione del privilegio fatta nel termine determinato retroagirebbe al momento della origine del dritto, e conserverebbe il dritto sin da quel

(1) Ved. Bureaux (loc. cit., p. 22)

momento, se la regola generale fosse stata che la iscrizione implicherebbe sempre e necessariamente retroattività in qualunque epoca fosse presa? Niuno, e l'art. 2113 sarebbe evidentemente una disposizione morta, se i creditori privilegiati fossero assicurati, inscrivendosi a lor talento, di conservare il loro dritto e di farlo prevalere anche sulle ipoteche che il loro debitore avesse consentite pria che questo dritto fosse rivelato ai terzi.

Tutto ciò sembraci decisivo. Ecco perchè abbiam sempre letto con grandissima sorpresa questi rimproveri d'incoerenza diretti al legislatore. Ecco perchè non sappiamo intendere che siasi potuto dir della legge che le sue stesse bizzarrie no accusano la impreveggenza! che mentre si vuole la pubblicità per mettere a nudo la situazione del debitore, essa ha fallito il suo scopo in mille casi importanti! che essa non ha saputo prendere che misure parziali ed ha autorizzato la clandestinità anche in mezzo a disposizioni destinate a portar la luce sulla posizione dell'obbligato!(1). Il vero è che, se la applicazione della legge non ha menato alla clandestinità, la colpa non è mica del legislatore; essa è tutta intera della dottrina e della giurisprudenza, che non han capito la legge e l'hanno falsamente interpetrata. Questa verità è dimostrata dalla natura stessa delle cose, dai precedenti legislativi ai quali la legge attuale si rannoda e di cui è l'eco più fedele, dall'insieme dei testi; e non è stata sconosciuta che in seguito di questo equivoco (inconcepibile per chiunque interroga il Codice al chiaror della tradizione) che ha consistito nel mettere l'articolo 2095 in opposizione con l'art. 2106, come se dopo aver constatato il dritto, nel primo di questi articoli, dopo avere in un interesse tutto individuale rannodata la preeminenza del creditore privilegiato alla qualità, alla causa stessa del credito, e consacrato il principio della preferenza, il legislatore fosse stato ligato a tal punto da non potere senza contraddizione regolare mercè il secondo l'esercizio di questo dritto e fissare in un interesse generale quello dei terzi, l'epoca e le condizioni alle quali potrebbesi invocar la preferenza! (2).

Epperò nulla spiega e giustifica la teoria da noi combattuta; l'art. 2106 non è evidentemente ciò che la dottrina e la giurisprudenza ne han voluto fare. Forse perchè ha ingannato tanti autori, la sua redazione lascia qualche cosa a desiderare; non pertanto tale quale è, essa si spiega senza che vi si debba fare qualche mutilazione; ne risulta, il ripetiamo, che la iscrizione di che vi si parla, s'intende, avuto riguardo al sistema di pubblicità organizzato, di una iscrizione che, salvo le eccezioni determinate, debbesi fare al momento in cui prende origine il dritto privilegiato del quale rivela l'esistenza, e che qualunque iscrizione la quale non fosse presa se non dopo, andrebbe in senso inverso dello scopo verso di cui tendeva il legislatore, che in conseguenza essa sarebbe tardiva e non potrebbesi opporre a chiunque avesse contrattato col debitore nella ignoranza di questo dritto tardivamente rivelato all'universale e che non avrebbesi potuto conservare e mantenere che a patto di farsi conoscere.

251. Questo punto è dominante nella materia, e noi vi abbiamo insistito perchè vi si rannodano molti particolari, perchè noi dovremo rammentarlo di frequente in tutto ciò che ora diremo sulle applicazioni particolari che la legge stessa fa della sua regola e sulle eccezioni che essa consacra. Ma pria di dar cominciamento a queste applicazioni ed eccezioni, diremo poche parole di un'altra critica che si dirige pure alla teoria della legge presa nel suo insieme. Trattasi della differenza stabilita tra' diversi privilegi sotto il rapporto del termine nel quale deve il credito rivelarsi all'universale. Gli articoli qui sopra trascritti constatano questa differenza da noi stessi richiamata per via di argomentazione in quel che precede. In quanto al privilegio del venditore si sa che la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà allo acquirente non è sottoposta ad alcun termine; in quanto al privilegio degli operai esso neppur ha termine, ma nonpertanto il creditore non conserva il suo privilegio che a patto di far iscrivere due processi verbali, di cui il primo ha dovuto essere redatto *pria del cominciamento dei lavori*; in quanto al privilegio dei coeredi e condividenti esso non ha il suo effetto e il suo rango alla data della divisione o dell' aggiudicazione per via di licitazione che a patto di essere inscritto *nei sessanta giorni* che seguono; da ultimo in quanto ai creditori o ai legatarii che domandano la separazione del patrimonio del defunto, conservano il loro dritto mercè inscrizioni *fatte nei sei mesi a contare dall' apertura della successione*. A causa di queste posizioni sì diverse fatte ai varii creditori privilegiati sugl' immobili si è domandato se è possibile

(1) Ved. Troplong (n. 267).
(2) Osservazioni della Corte di Colmar su i progetti di riforma ipotecaria (Documenti del 1844, t. III, p. 101 e 121).

di non qualificare come incoerente un sistema le cui disposizioni sono sì poco combinate le une con le altre (1).

E di fatti è uopo convenirne, i vantaggi dell' uniformità in legislazione sono sì evidenti che in certo modo per istinto si è tratto a biasimare un sistema che crea distinzioni e dissomiglianze in situazioni che presentano tra loro una qualche analogia. Nonpertanto quando vi si riflette si rimane convinto, che anche in ciò il legislatore ha disposto con saggezza ed in un pensiero ben inteso di equità. In pria la situazione non è uguale tra il venditore e gli altri creditori privilegiati. Al primo era inutile un termine, nel sistema della legge; chè, siccome benissimo esprimo la Corte di Colmar nelle sue osservazioni sui progetti di riforma ipotecaria (2), essendo necessaria la trascrizione della vendita per la validità del contratto rispetto ai terzi, il venditore reputasi non aver mica venduto finchè il titolo non è trascritto, e se lo è, la trascrizione vale come iscrizione, di tal che i terzi sono avvertiti ad un tempo e della mutazione e della esistenza del privilegio. Non v'era dunque a fissar termine al venditore per la inscrizione del suo privilegio e con giusta ragione la legge non ne fissa alcuno. Se avesse potuto essere lo stesso rispetto agli altri creditori privilegiati, nulla di meglio; il sistema della pubblicità sarebbe stato più completo, gli è evidente, poichè un intervallo qualunque che separa la origine del privilegio dalla formalità che ha per oggetto di rendere pubblico questo privilegio, urta con questo sistema della pubblicità. Ma ciò era forse possibile? Potevasi esigere, senza compromettere dritti infinitamente rispettabili, da tutti i creditori privilegiati ch' essi si mostrino, a pena di decadimento, al momento stesso in cui il loro dritto prende origine? Potevasi forse ciò esigere segnatamente dal coerede o dal condividente, e dai creditori e legatarii che domandano la separazione del patrimonio del defunto? Evidentemente no; era mestieri lasciare ai primi il tempo di procurarsi la spedizione dell' atto e di consultarlo per riconoscervi i loro dritti, e agli altri quello di apprendere la morte del loro debitore, e di conoscere o di trovare il loro titolo. Non potevasi dunque negare un termine qualunque. Or riconosciuta la necessità di accordarlo, la misura non doveva essere uguale, perchè evidentemente le posizioni sono diverse. Quale che sia la difficoltà che sperimentino a discifrare i loro dritti in mezzo alle moltiplici e complicate cause di un atto di divisione, i coeredi o condividenti, che in diffinitiva àn concorso alle operazioni della divisione, non avranno d'uopo al certo, per essere in grado di portare il loro privilegio a conoscenza dell' universale, di un termine uguale a quello che sarà necessario ai creditori o ai legatarii estranei che intervengono in una successione e debbono ricercare gli immobili che ne dipendono e su ciascuno dei quali debbono trasferire le loro iscrizioni. Riconosciamo adunque, del resto con la maggioranza delle Corti consultate sui progetti di riforma ipotecaria ed in particolare con quella di Bastia, che un unico livello per posizioni sì diverse sarebbe stato una ingiustizia o un pericolo che non avrebbe compensato l' omogeneità riportata in questa parte del Codice (3).

Ciò detto venismo alle applicazioni della regola ed alle eccezioni consacrate dalla legge.

III. — 255. *Prima applicazione: privilegio del venditore.* — Il venditore privilegiato conserva il suo privilegio con la trascrizione del titolo che à trasferito la proprietà all' acquirente e constatante che la totalità o parte del prezzo gli è dovuta; a qual effetto la trascrizione del contratto fatta dall' acquirente vale iscrizione pel venditore. Inoltre il conservatore delle ipoteche è tenuto, a pena di tutti i danni ed interessi verso i terzi, di fare di uffizio la iscrizione sul suo registro del credito risultante in favore del venditore, dall' atto traslativo di proprietà. — Tale è la disposizione complessiva dell' art. 2108 Cod. Nap. Delle due formalità che prescrive, la prima soltanto, la trascrizione è necessaria al punto di vista della conservazione del privilegio; la seconda, l' iscrizione di uffizio, ha un interesse tutto speciale. Ciascuna di esse à dei dettagli che le sono proprii; importa dunque di occuparsene distintamente.

256. *Della trascrizione.* Qui ancora il Codice Nap. si ispira alla legge di brumaio anno 7, e ne riproduce presso a poco letteralmente la disposizione. Pocanzi citavamo l' articolo 29 di quest' ultima legge (p. 146): Si è veduto che ai termini di questo articolo la trascrizione conservava al precedente proprietario o ai suoi aventi causa il dritto di preferenza sui beni alienati, allorchè il titolo di mutazione constatava che era loro dovuta, vuoi la totalità o parte del prezzo, vuoi

(1) Ved. Troplong (n. 270) e le Osservazioni delle Corti di Pau e di Rouen (Documenti 1 1844, t. III, p. 114 e 115).

(2) Ved. Documenti del 1844 (t. III, p. 101).

(3) Ved. Documenti del 1844 (t. III, p. 96, 99, 100, 101, 109, 110, 115).—Ved. Valette (loc. cit., p. 78), Mourlon (n. 263).

delle prelazioni che ne tenevano luogo. Il nostro art. 2108 non ci dice altro. Ma, e ciò è importante a notare, lo stesso articolo della legge di brumaio, in quella legge, non era che il derivato di un altro articolo, dell'articolo 26, parimenti citato più sopra, il quale posto come il precedente sotto una comune rubrica: « del modo di consolidare e purgare le espropriazioni » fermava in massima la pubblicità delle mutazioni immobiliari e provvedeva alla esecuzione, prescrivendo la trascrizione degli altri traslativi sui registri dell'uffizio della conservazione delle ipoteche, e dichiarando che sino a questa trascrizione, gli atti traslativi non potrebbero opporsi ai terzi che avessero contrattato col venditore. Tale adunque era il sistema della legge, che la trascriziono la quale doveva rivelare la esistenza del privilegio del venditore era appunto quella che annunziava la trasmissione della proprietà, e non solo che l'annunziava, ma anche che l'attuava, se non tra' contraenti, almeno rispetto ai terzi. Era come si vede, al punto di vista della pubblicità dei privilegi, la più chiara applicazione del principio tal quale l'abbiamo definita nei numeri precedenti: la trasmissione della proprietà, la origine del privilegio, la pubblicità; tutto ciò si produceva simultaneamente. Era, ad un tempo sotto il punto di vista della sicurezza dei terzi, il sistema più logico, il meglio inteso e più soddisfacente. Senza trascrizione non v'è trasmissione rispetto ai terzi: il venditore a loro riguardo rimano proprietario, e l'acquirente non lo diviene. I terzi possono dunque contrattare col venditore, avendo piena qualità per conferire dei dritti e non ànno a temere che un giorno si opponga loro la vendita e i dritti di preferenza che ne risultano pel credito del venditore, chè a loro riguardo la vendita è come se non fosse, e questi dritti di preferenza non ànno la loro ragione di essere, poichè il venditore è rimasto proprietario e in questo stato la proprietà stessa è la sua garenzia rispetto allo acquirente. Ma operata la trascrizione, la trasmissione che fin allora non esisteva se non dal venditore all'acquirente è ormai operata rispetto ai terzi. Costoro sanno ora che, se il venditore è rimasto creditore di tutto o di parte del prezzo, ha conservato per sua garentia un dritto reale sull'immobile da lui venduto e che l'immobile nelle mani del nuovo proprietario non offre loro se non un pegno menomato da questo dritto che l'affetta e che l'antico proprietario ha ritenuto. Così in tutti i modi la sicurezza dei terzi è completa; vuoi che contrattino col venditore pria della trascrizione, vuoi che trattino dopo con l'acquirente: s'inganneranno forse; ma non potranno essere ingannati: il sistema della legge li protegge contro la frode e le collusioni.

257. Il Codice Nap. offre forse le stesse garentie? Ciò non potrebbesi porre in quistione, se la legge sulle ipoteche fosse stata riprodotta come era stata votata dai redattori di essa. L'art. 2108 non era neppuro una disposizione isolata, un testo avente la sua esistenza propria e indipendente. Al pari dell'art. 29 della legge di brumaio, aveva il suo principio in un altro articolo del progetto, il 91.° che riproducendo letteralmente l'art. 26 della legge di brumaio esprimeva che « gli atti traslativi di proprietà i quali non sono stati trascritti non possono opporsi ai terzi i quali avranno contrattato col venditore e che si fossero conformati alle disposizioni della presente. » Or questo articolo si è votato in massima, e con piena conoscenza di causa, dopo una discussione approfondita tra i due partiti in cui era diviso il Consiglio di Stato, l'uno che si sforzava a resistere alle novelle istituzioni, l'altro che per lo contrario si sforzava a propagarle. « L'effetto di questo articolo, diceva da una banda il Maleville, sarà forse quello di investire della proprietà il novello acquirente che avrà fatto trascrivere in pregiudizio del compratore più antico il quale non avrà adempito a tale formalità? Questo articolo sembrava supporlo con la generalità delle sue espressioni; ma siccome l'articolo seguente dice che, ad onta della trascrizione, l'immobile non passa all'acquirente che coi dritti che appartenevano al venditore, e che non si può trasmettere quello che più non si ha, evvi luogo a dubitare se l'art. 91 abbia infatti voluto che il primo acquirente possa essere spogliato della sua proprietà pel solo manco di trascrizione: questa disposizione presenterebbe gravissimi inconvenienti. » E da un'altra banda, rispondeva il Treilhard; « Sì, tale sarà la conseguenza dell'articolo: era necessario di regolare la preferenza tra gli acquirenti nel caso di una duplice vendita. L'articolo vuole che sia accordata all'acquirente che ha fatto la trascrivere, salvo il regresso dell'altro contro il venditore. » Indi il Jollivet soggiungeva: Questa disposizione era pur necessaria per togliere al venditore la facoltà di gravare d'ipoteche l'immobile venduto. » Ecco dunque ben fermata la quistione, ben definito il senso dello articolo. Che ne avviene ora? In pria la disposizione è vivamente combattuta dal Tronchet: « Essa è disastrosa, a suo dire, ed avrebbe i più funesti effetti. Si son vedute in tutti i tempi delle vendite fatte da

individui che non erano realmente proprietarii; si sun pure vedute duplici vendite fatte da veri proprietarii; ma i tribunali in tutti questi casi pronunziavano tra le parti. Oggidì e dopo l'articolo che si propone, tutto dipende dalla trascrizione: di tal che un cittadino che avesse comprato e possedesse un immobile da venti anni, ma che non avesse fatto trascrivere, sarebbe obbligato di cederlo al compratore recentissimo il cui contratto fosse stato trascritto. È uopo anche osservare che l'effetto di questa strana disposizione non è limitato alle vendite fatte dopo la legge dell'11 brumaio, ma abbraccia ugualmente le vendite anteriori; cho così più non v'è in Francia una sola proprietà di cui non si possa essere spogliato per manco di trascrizione, in forza di una vendita fatta da un individuo che non è mai stato proprietario, perchè il compratore faccia trascrivere il contratto. È impossibile di giustificare una disposizione che espone a sì gravi pericoli il dritto sacro della proprietà, e che sacrifica un legittimo proprietario ad un novello acquirente, ad un novello creditore... » La discussione era animata. Ecco il Treilhard cho di nuovo risponde e tra l'altro dice: « Gl'inconvenienti di che si è parlato non àn dunque nulla di reale, non debbono far rigettare la disposizione; e le ragioni che debbono farla mantenere sono queste: Si è voluto che i mutuanti non fossero obbligati ad attenersi ad una cieca fiducia; che avessero dei mezzi per verificare la situazione di coloro ai quali prestano i loro capitali, donde la pubblicità delle ipoteche. Non pertanto andrebbe fallito l'effetto di questo sistema, se non si fosse autorizzati a riguardar come proprietario colui che si trova iscritto sotto tale qualità. Se questo individuo ha venduto il suo patrimonio, e non pertanto l'obbliga come se gli appartenesse tuttora, niun dubbio ch'ei si rende colpevole di stellionato. Ma su chi debbono ricadere le conseguenze di questa colpa? Forse sul mutuante il quale non ha potuto rischiararsi che mercè la ispezione dei registri ipotecarii? No, senza dubbio; ma sull'acquirente il quale era obbligato di far conoscere il suo contratto, e che per non averlo fatto trascrivere à gettato nell'errore colui cho la legge rimandava ai registri. Vorrebbesi che un acquirente fosse libero di non far trascrivere: ei può dispensarsene; ma allora non gli resterà altra garentia contro le ipoteche future che la moralità del suo venditore. Del resto la disposizione non iscuote gli antichi acquisti, essa non riflette che le ipoteche create dal venditore su di una cosa di cui si è spossessato, e dà in questo caso la preferenza al mutuante che nulla à a rimproverarsi, sull'acquirente che non può imputar che a sè stesso le spiacevoli conseguenze della sua negligenza o della sua credulità: essa non concerne che il venditore vero proprietario e non il falso proprietario che ha venduto il fondo altrui. Se il venditore non ha la proprietà dell'immobile, la trascrizione del contratto non la trasmette all'acquirente. L'art. 71 è del resto un mezzo di prevenire la collusione fraudolenta dell'acquirente e del venditore, i quali, se bastasse il contratto senza la trascrizione, potrebbero mettersi di accordo per far delle vittime, offrendo un falso pegno. » Queste considerazioni sembrarono decisive, e di fatti le erano. La trascrizione fu dunque ammessa in massima come mezzo di trasmettere e consolidare la proprietà rispetto ai terzi; soltanto, siccome la redazione proposta « sembrava non rendesse abbastanza chiaramente il senso che le aveva dato il Treilhard sotto il duplice punto di vista che la disposizione non era applicabile ai contratti di vendita anteriori alla legge del dì 11 brumaio o che la trascrizione non trasferisce la proprietà all'acquirente, allorchè il venditore non era proprietario, l'art. 91 fu rinviato col 92 (oggi 2182), al quale si rannodava la seconda idea, alla sezione per una più precisa redazione su questi due punti (1).

Certamente se l'articolo adottato con l'emendamento che vi si era introdotto sareb. besi rinvenuto nella legge, se il Codice riproducendo fedelmente il pensiero dei suoi redattori, ci avesse detto, come erasi votato: « Gli atti traslativi di proprietà che non sono stati trascritti non possono opporsi ai terzi che avessero contrattato col venditore e che si fussero conformati alle disposizioni della presente: non pertanto la disposizione non è applicabile ai contratti di vendita anteriori alla legge di brumaio » niuna difficoltà avrebbe potuto elevarsi sull'interpetrazione dell'art. 2108. Il sistema della legge di brumaio sarebbe allora passato in modo completo nel Codice; l'art. 2108 sarebbe stato all'art. 91 del progetto ciò che l'art. 29 era all'art. 26 nelle legge di brumaio, una disposizione accessoria e derivata, posta accanto ad una disposizione principale e dominante, ciò che era vero ed ammesso senza difficoltà sotto quest'ultima legge, lo sarebbe stato parimenti sotto il Codice Napoleone. Ma per una circostanza che non è facile d'indicare, vuoi per una certa rappresaglia, come dice il Troplong (2),

(1) Ved. per questa discussione importante, Locrè (t. XVI, p. 283), Fenet (t. XV, p. 380).

(2) Troplong (Pref. delle Ip.).

vuoi per inavvertenza,vuoi forse in seguito di una deliberazione di cui i processi verbali non serbano tracce,l'articolo sì vivamente discusso, sì incontestabilmente adottato a primo slancio dal Consiglio di Stato, fu omesso nella redazione definitiva, non figura nel Codice Napoleone. Se ne è generalmente conchiuso che pel fatto della soppressione, accidentale o calcolata, la trascrizione aveva cessato di essere un mezzo necessario di trasmissione, l'unico mezzo di trasferir la proprietà rispetto ai terzi. Ed allora l'art. 2108 à perduto il suo complemento naturale,è stato privato di quel principio che gli dava il suo significato; più non ha avuto la sua ragione di essere. Arrogi che nella sua combinazione con l'art. 2106 è divenuto un pericolo per questo privilegio del venditore, al certo il più favorevole di tutti (*ved. supra*, n. 114 e 115), al quale non pertanto veniva ad offrire i suoi mezzi di conservazione. Chè dal momento in cui il consenso delle parti era ritenuto come sufficiente per trasferire la proprietà, non solo dal venditore all'acquirente,ma anche rispetto ai terzi, ne seguiva che i privilegi e le ipoteche inscritte o dispensate da inscrizione, provvenienti dal canto del nuovo proprietario colpivano l'immobile al loro ingresso nel dominio di quest'ultimo; di tal che la regola dell'art. 2106 essendo quella che i privilegi non ànno effetto riguardo ai terzi se non dal giorno della loro inscrizione, si giungeva a questa ulteriore conseguenza, che i creditori privilegiati o ipotecarii del nuovo proprietario dovevano primeggiare il venditore, il cui privilegio non potevasi conservare che mercè una trascrizione necessariamente posteriore al fatto della trasmissione che veniva a collocare l'immobile sotto l'affezione del dritto preesistente in favore dei creditori dell'acquirente.

Epperò la dottrina quando passò all'applicazione di questo articolo 2108 ormai privo del suo principio, o almeno distaccato dal testo preciso nel quale questo principio aveva la sua formola esplicita, si trovò in grande impaccio. La conseguenza da noi indicata non mancò a sorgere; essa ne vide ad un tempo e i pericoli e la profonda ingiustizia, ed affermò che una tale conseguenza non aveva dovuto essere consacrata dalla legge. « Tal non à potuto essere il pensiero del legislatore » sclamava da una banda il Tarrible (1). « Io attesto, soggiungeva da altra banda il Grenier (2), che questa conseguenza non è stata indicata nelle discussioni preliminari. » Ed allora sforzandosi a giungere ad un sistema che proteggesse il venditore contro un tale pericolo, la dottrina ha immaginato quella distinzione tra il *rango* e l'*effetto* del privilegio di cui parlavamo più sopra (*ved.* n. 253) e ha detto che il venditore doveva prendere iscrizione per dare effetto al suo privilegio e metterlo in azione, ma che il rango del privilegio essendogli assicurato dalla natura stessa del credito, ne seguiva che la iscrizione,in qualunque epoca fosse presa, faceva rimontar l'effetto del privilegio al giorno stesso della vendita (3).

Di tutte le soluzioni, questa sebbene generalmente ammessa, era non pertanto la meno accettabile. Senza rivenir qui su quanto abbiam detto di tale distinzione sì poco riflettuta, tra il rango del privilegio e il suo effetto, diremo nulla esser più contraddittorio della soluzione alla quale è giunta la dottrina, che nulla arreca neppure, a quella pubblicità che è stata il voto della legge e il suo scopo, una ferita più profonda. E che! la legge ferma in massima, che tra creditori il privilegio rispetto agl' immobili non produce effetto se non mercè la iscrizione fattane sui registri del conservatore. Dal canto vostro, voi ammetterete che è del privilegio del venditore come di tutti gli altri (salvo quelli dell' art. 2101), che senza inscrizione non può produrre il suo effetto. Che cosa fa d'uopo conchiuderne? Che debbo conchiuderne io creditore dell'acquirente, allorchè mi trovo in conflitto col venditore nella graduazione aperta sul prezzo? Non debbo forse pensare che, se quest' ultimo non si è iscritto, ovvero, il che per me torna lo stesso, se si è iscritto tardivamente, vale a dire quando dopo aver trattato con l' acquirente, ho preso le mie cautele, non potrà oppormi il suo privilegio? Niente di tutto ciò! È là la vostra soluzione che mi dice che, come venditore, nulla vi obbligava ad inscrivervi nella tale epoca piuttosto che nella tale altra; che la legge non avendo impartito alcun termine, voi siete stato sempre in tempo a mettervi al coverto, e che essendovi iscritto, forse pur dopo cinque o più anni dalla vendita, la vostra iscrizione ha una forza retroattiva che ne fa rimontar l'effetto sino alla data del contratto, per conseguenza pria della mia che, essendo il risultato di un contratto fatto con l' acquirente, è necessariamente poste-

(1) Tarrible (Rep. di Merlin, v. Priv. di credito sez. 5).
(2) Grenier (t. II, n. 376).
(3) Ved Tarrible (loc. cit.), Grenier (loc cit.),Persil (art. 2108, n. 22), Dalloz (loc.cit.), Duranton (t XIX, n. 209, 210), Zachariae (t. II.p. 119, nota 7), Taulier (t. VII, p. 205), Troplong (n. 279). Ved ancora Rennes. 21 agosto 1811, Rig. 26 giugno 1813 e 25 dic. 1815 e 23 dic. 1845 (Dev, 47, 1, 159).

riore al contratto col quale voi gli avete trasmesso la proprietà! Ma allora che cosa diviene il sistema della pubblicità? Io ho il mio diritto ipotecario dall'acquirente dell'immobile, in conseguenza da quello che, in questo sistema in cui la trascrizione non è più necessaria per consolidare la proprietà rispetto ai terzi, era realmente proprietario, tanto rispetto a me, quanto rispetto al venditore stesso; io obbedisco alla legge in tutto ciò che m'impone per conservare questo dritto ed assicurarmene l'esercizio; o con tutto ciò io posso nonpertanto essere evinto da un privilegio che sorgesse inopinatamente tre, quattro, cinque anni dopo, o più ancora, dopo che lo dal mio canto mi era posto in regola, un privilegio che nulla mi aveva rivelato, allorchè io contrattai; il quale per me come per tutti era occulto in quell'epoca ed ha potuto continuare ad esserlo sino all'ultimo giorno, fino al giorno in cui la proprietà è purgata! Non sarebbe ben derisorio di chiamar un sistema in cui tutto ciò fosse legittimo *il sistema della pubblicità*. Evidentemente la dottrina non erasi messa sulla buona via.

258. Accanto a questa teoria, altre due se ne son prodotte, del tutto opposte nel loro punto di partenza, ma non pertanto entrambe logiche nelle loro rispettive deduzioni. L'una considerando la soppressione dell'art. 91 del progetto come implicante necessariamente l'idea che ormai la trascrizione più non sarebbe necessaria per trasferire la proprietà rispetto ai terzi, ne à conchiuso francamente che l'art. 2108 era stato appunto perciò abrogato; che questo articolo era caduto come cade una conseguenza quando sparisce un principio da cui emana; per conseguenza che il privilegio del venditore esiste con tutti i suoi effetti, senza che siavi d'uopo nè d'iscrizione, nè di trascrizione. E a dir vero non vedesi perchè la dottrina non sia andata sino a questa virtuale abrogazione. Dacchè la iscrizione, *in qualunque epoca fosse fatta dal venditore* era riguardata come operanto con tale potere da far cadere, o almeno da rigettare dopo il privilegio del venditore tutte le ipoteche che l'acquirente aveva potuto consentire, non era forse vero il dire in fondo che il privilegio sussiste indipendentemente dalla iscrizione? Perchè dunque esigere allora la iscrizione? Sotto il punto di vista del dritto *de suite* e quando il venditore trovasi a fronte di terzi acquirenti, questa inscrizione può esser necessaria (or ora l'esamineremo occupandoci dell'art. 831, Cod. pr. e della recente legge sulla trascrizione, con cui quest'ultimo articolo fu abrogato). Ma sotto il punto di vista *del dritto di preferenza*, di cui parliamo ora esclusivamente, quando il venditore creditore del suo prezzo ha soltanto a sè d'innanzi altri creditori coi quali è in concorso per la distribuzione di questo prezzo, perchè richiedere che il privilegio sia trascritto in un'epoca qualunque, dacchè lo si ammette ad inscriversi, finchè non si è giunti a quell'ultimo estremo in cui la proprietà è purgata (1), anche quando l'immobile uscito per vendita con patto di ricompra dal possesso dell'acquirente, vi è rientrato per l'esercizio della ricompra? (2). Evidentemente, affrancare il venditore dalla necessità di inscriversi è in fin dei conti sopprimere una formalità che realmente non ha obbietto, si è dare al sistema dominante l'appoggio della logica, di cui sembra essersi poco preoccupati. Tale è la opinione che il Valette sviluppa con grandissima autorità di raziocinio nella Monografia già citata e che riassumo in questi termini (3): « . . . il venditore, almeno in quanto concerne il *dritto di preferenza*, di cui ora trattiamo, non ha d'uopo di alcuna iscriziono o trascrizione per conservare il suo privilegio, producendo la vendita i suoi effetti senza alcuna menzione sui registri pubblici, ossa deve produrli *integralmente*, non la si può scindere e reputare note talune clausole ed altre ignorate dall'universale; a dir breve tutte le clausole dell'atto formano un tutto indivisibile. Si può anzi dire in termini più energici, che l'alienazione nota a tutti mercè l'esame del titolo non è che un'alienazione *parziale*, poichè il venditore à conservato un dritto reale che è il privilegio. Io so che il risultato al quale così giungo urta con una giurisprudenza che sembra costante; ma mi credo permesso di presentarla come logicamente dedotta dal principio adottato sulle mutazioni a titolo oneroso. Si entra in tal modo in un ordine di idee intelligibile; si mette francamente da banda questa fallace pubblicità del privilegio che riducesi ad una forma inutile, e non si falsa la instituzione della inscrizione ipotecaria imaginata per avvertire i terzi. »

(1) Ved. Troplong (n° 279), Bruxelles, 2 feb. 1831 (*J. del P.*, alla sua data).

(2) Ved. Parigi 8 marzo 1813. — Ved. pure Rouen 1 lug. 1816 (*J. P.*, 1834, t. 1, p. 571; 1816, t. II, p. 283.)

(3) Ved. Valette (Dell'effetto ordinario della iscrizione, p. 80, 81). — Conf. Mourlon (n. 271, 272, 273).

L'altra teoria immergendosi in un ordine di idee del tutto contrario a quello che domina la precedente, si rannoda ad un gran numero di disposizioni esistenti nel Codice, vuoi nel titolo *delle Donazioni*, vuoi nel nostro titolo *dei Privilegi e delle Ipoteche*, per mostrare che nonostante la disparizione dell'art. 91 del progetto, la trascrizione traslativa non è men rimasta come principio fondamentale che, anche dopo il Codice, la trascrizione non ha cessato di essere una necessità per consolidar la proprietà rispetto ai terzi. E ciò ammesso, le conseguenze si deducono da sè stesse; l'art. 2108 lungi dall'essere stato abrogato ha nel Codice il significato che aveva l'art. 29 nella legge di brumaio, il venditore non conserva il suo privilegio che mercè questa trascrizione, la quale mentre rende pubblica la mutazione, fa conoscere l'esistenza del privilegio in favore del venditore rimasto creditore di tutto o parte del suo prezzo (1).

Se dovessimo parteggiare per una di queste due teorie, inclineremmo volentieri per la seconda che à a primo aspetto sulla prima il vantaggio, ben considerevole agli occhi nostri, di prendere la legge nel suo insieme, di cercare di spiegarla senza sopprimerne i testi che vi sono scritti, e l'interpetre, ripetiamolo, non è libero di nulla lasciarvi. Ben sappiamo avere il Marcadè respinto questo sistema e che secondo lui l'articolo del progetto, il quale consacrava in massima la necessità della trascrizione traslativa non ritrovandosi nel testo definitivo, ne segue che questo articolo è stato respinto e con esso il principio stesso. (ved. art. 1140 t. III, n. 488). Ciò che ignoriamo si è come il Marcadè, essendo ammesso che la trascrizione è stata conservata *dal Codice Napoleone* come mezzo di trasmissione della proprietà immobiliare rispetto ai terzi, avrebbe spiegato molti articoli di questo Codice, segnatamente il 2108 che ora commentiamo, e gli art. 2189, 2198, 2200, di cui più oltre si troverà il comentario. In quanto a noi, non vediamo unica la possibilità di mantenere questi articoli e altri ancora nel loro vero senso, se non si ammette come conservata *dal Codice Nap.* la idea cui l'art. 91 del progetto aveva formolata, ed è questo un altro motivo che ci avrebbe fatto inclinare verso la seconda delle due teorie suindicate. Ma oggidì non v'è partito a prendere tra le due, o meglio non ve n'è che una sola possibile nello stato attuale della legislazione: è appunto quella che noi avremmo preferita. In fatti questa teoria che, confessiamolo, era stata virtualmente condannata dal Codice di procedura (art. 834, *ved. infra all'appendice*) è stata formalmente consacrata dalla legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione la quale, dopo aver enumerato negli art. 1 e 2 gli atti e le sentenze soggette alla trascrizione, soggiunge con l'art. 3 che « sino alla trascrizione, i diritti risultanti da atti e da sentenze enumerate negli articoli precedenti non possono opporsi ai terzi che ànno acquistato dritti sull'immobile e che li àn conservati conformandosi alle leggi. » Con ciò l'art. 2108 riprende il suo significato e la sua portata primitiva, chè la novella legge restaura il sistema della legge di brumaio da cui questo articolo ci era venuto in linea diretta, ed ormai in grazia della legge che gli rende il suo principio e la sua ragione di essere, questo articolo potrà ricevere la sua naturale applicazione senza stiramenti, nè ambiguità.

259. Epperò la cosa oggidì più non è contestabile, il privilegio del venditore si conserva mercè la sua notifica all'universale, mercè la sua contemporanea notifica del fatto stesso che consuma la trasmissione della proprietà rispetto ai terzi: esso non si conserva che a questa condizione: non è obbligato a prodursi pria, perchè fino a quando altro non v'è che l'accordo tra il venditore e l'acquirente, il privilegio non ha la sua ragione di essere, essendo sempre il venditore proprietario rispetto ai terzi, e trovando nella cosa stessa di cui serba la proprietà a loro riguardo una garentia oltremodo completa. Ma non è possibile che si produca dopo, perchè occorrerebbe, ove altrimenti fosse, dare al privilegio una retroattività. Ciò che dunque fa d'uopo, perchè tutti gl'interessi sieno posti in salvo, si è che il privilegio si mostri al momento stesso in cui prende origine; e questo appunto aveva voluto l'art. 2108; ciò incontestabilmente vuole oggidì, essendo stato per effetto della novella legge è riposto sotto l'autorità del principio da cui il legislatore lo aveva fatto derivare.

260. Pria di andar più oltre e di comentare l'art. 2108 al quale si è ora restituito il suo significato preciso, richiamiamo un altro punto importante consacrato dalla novella legge e che dà alla trascrizione una importanza capitale pel venditore. Sino a

(1) Questa dottrina à molti partigiani, essa è stata sostenuta dal Jourdan nella *Temi*, t. V, dal Blonde u. dal Bonjean in una tesi di licenza (1829) e specialmente dall'Hureaux nei suoi *studi teorici e pratici sul Codice civile*, (2° studio, n. 127 e segg).

questa legge il venditore, decaduto dal suo privilegio, rimaneva sempre armato della sua azione risolutoria, la quale, como più sopra dicemmo, n. 198, aveva la sua esistenza indipendente e permetteva di rinvestire la cosa anche quando ogni dritto di preferenza fosse perduto sul prezzo. La giurisprudenza e se non la giurisprudenza, almeno una decisione isolata, era audata anche più oltre. E di fatti ecco un arresto in cui vediamo che la Corte di Lione combina in certo modo le due garentie accordate distintamente al venditore e mantiene l' esempio del dritto di preferenza risultante dal privilegio, non ostante la estinziono di questo privilegio per manco di trascrizione per la sola considerazione cho, a causa dell'azione risolutiva, sempre aperta al venditore, i creditori coi quali veniva in concorso sul prezzo erano senza interesse e per conseguenza senza dritto per contestargli la collocazione privilegiata del montare del suo credito (1). Senza soffermarci a questa dottrina che per altro non è stata ammessa in massima (2), diremo che nello stato attuale della legislazione essa non avrebbe neppur pretesto per prodursi, che quella specie di solidarietà che la Corte di Lione stabiliva sì arbitrariamente tra il privilegio e l'azione risolutoria, e al favore dalla quale il primo tuttochè estinto riprendeva la vita nella esistenza della seconda, è stata consacrata appunto in senso inverso dalla nuova legge sulla trascrizione, il cui art. 7 ci dice per lo contrario cho l'azione risolutoria appartenente al venditore non si sostiene senza il privilegio, che l' azione risolutoria più non può esercitarsi dopo l'estinzione del privilegio del venditore in pregiudizio dei terzi che avessero acquistato dritti sull' immobile per parte dell'acquirente, e che si fossero conformati alle leggi per conservarli.

Ciò detto ritorniamo all'art. 2108 e vediamo ciò che ora ne risulta, tanto sotto il punto di vista della situazione delle parti pria della trascrizione della vendita, quanto sotto il punto di vista della forma della trascrizione, di coloro che possono richiedere la trascrizione dell'atto da trascriversi e delle condizioni in cui deve prodursi porchè abbia il suo effetto.

261. Ed in pria, prima della trascrizione, nulla è mutato nella situazione delle parti, almeno rispetto ai terzi. Poichè rispetto a costoro la proprietà è trasmessa soltanto con la trascrizione, ne segue che sino alla trascrizione, non v'è proprietà trasmessa; il venditore non ha cessato di esser proprietario, l'acquirente non lo è divenuto. Ma così non è *che rispetto ai terzi*; dal venditore all' acquirente la situazione è tutta diversa, chè evvi il principio dell'art. 1583, Cod. Nap., ai termini del quale la vendita è perfetta tra le parti e la proprietà acquistata di dritto al compratore, rispetto al venditore, dacchè si è convenuto della cosa e del prezzo, tutto che la cosa non sia stata consegnata, nè pagato il prezzo. Non devesi perdere di mira questa posizione complessiva per valutare sanamente i dritti che possono essere conferiti a terze persone, vuoi dal venditore, vuoi dal compratore nel periodo di tempo che trascorrerà tra il momento della vendita e quello della trascrizione. In quanto ai terzi che avessero contrattato col venditore ad ai quali costui avesse conferito dei dritti sugl' immobili da lui venduti, è ben certo che questi dritti (se per altro i terzi si son conformati dal loro canto alla legge per conservarli) primeggeranno quello dell' acquirente, o anche lo distruggeranno per intero. Epperò, il venditore à conferito ipoteca; essa graverà la proprietà, ha rivenduto l'immobile, la vendita sarà valida, e quella fatta al primo acquirente sarà cancellata: tanto peggio per quest'ultimo se non è stato diligente, se avendo trascurato di trascrivere, ha lasciato che i terzi ignorassero che la proprietà era passata in altre mani, passando da quelle del venditore nelle sue. In quanto a coloro che avessero contrattato con l'acquirente, la loro posizione e i loro dritti sarebbero men solidi. La proprietà non essendo trasmessa a lor riguardo, nel manco di trascrizione, essi non àn potuto trattare con l' acquirente che sotto la riserva del privilegio sempre minacciante finchè non è fatta la trascrizione e che, essendo preferibile alle ipoteche, a causa della natura e della causa stessa del credito, li primeggerà necessariamente, (art. 2095). Che se invece di una ipoteca, noi supponiamo una rivendita consentita dal compratore, sarà lo stesso pel venditore originario; facendo trascrivere il suo contratto, conserverà il suo privilegio. Ma evvi a notare che il privilegio sarà perduto, se avendo il venditore trascurato di provvedere alla trascrizione della vendita, il sotto acquirente lo precedesse facendo trascrivere la sua. Il Valette partendo sempre dalla idea che l'acquirente non può

(1) Ved. Lione, 20 maggio 1828.

(2) La Corte di cassazione giudicava per lo contrario che il venditore non pagato, tutto che potesse domandare la risoluzione della vendita e rientrare nella sua proprietà, abbenchè non vi fosse stata trascrizione del contratto, non aveva men perduto il dritto di esercitare il suo privilegio, qualora le formalità necessarie per conservarlo non si fossero adempite. Rig. 13 dic. 1813.

trasferire maggiori dritti di quelli che egli stesso ha, non vede nonpertanto in ciò che una contraddizione: non si spiega come l'acquirente il quale pria della trascrizione non potrebbe conferire ipoteca in pregiudizio del venditore, potrebbe nonpertanto trasferire la proprietà stessa (1). Ciò deriva dacchè il dotto professore non tiene sufficientemente conto della situazione complessiva in cui la vendita pone le parti. Dal venditore al compratore, la trasmissione è confermata col solo consenso, la trascrizione non è stata necessaria che rispetto ai terzi. Dunque, a fronte del creditore almeno, l'acquirente è proprietario indipendentemente dalla trascrizione e in quanto a lui è inesatto il dire che l'acquirente trasmette, vendendo, maggiori dritti di quelli ch'egli ha; chè questo dritto di vendere, ben lo aveva realmente, rispetto al suo venditore, come aveva il dritto d'ipoteca. E se nel caso in cui una ipoteca soltanto è stata consentita, il fatto non pregiudica il venditore, si è perchè costui può venire, col dritto di preferenza inerente alla natura stessa del suo credito privilegiato, ad agire sulla cosa che trova sempre nel patrimonio del suo debitore. Ma non è lo stesso, quando il debitore ha alienato questa cosa, quando l'ha trasmessa, vendendola a sua volta. Allora più non può quistionarsi di un privilegio che non ha neppur preso origine, non essendo stata trascritta la prima vendita. La seconda vendita prevale, perchè essendosi fatta la trascrizione, essa ha acquistato quella notorietà che la rende stabile e ferma rispetto a tutti. Qui ancora, tanto peggio pel venditore originario se non à pensato a trascrivere il suo contratto.

262. Intesa, come ora l'abbiamo riassunta, e oggidì più non potrebbesi intendere altrimenti, la disposizione dell'art. 2108 è ridivenuta quella che presenta l'applicazione più vera o più perfetta del principio di pubblicità fermato nell'art. 2106, come abbiamo più sopra spiegato al n. 253. Notiamo nonpertanto che, almeno in quanto alla forma o al modo secondo il quale il privilegio debbe essere reso pubblico, l'art. 2108 differisce dal 2106. In quest'ultimo la legge ci parla di una pubblicità che si produce per via *d'inscrizione* sui registri del conservatore; nell'art. 2108 trattasi di *trascrizione*. Vi si parla altresì di iscrizione, ma è una iscrizione da prendersi di uffizio dal conservatore, e che non è neppur necessaria alla conservazione del privilegio, come or ora vedremo al n. 268. Ciò che conserva il privilegio si è la trascrizione stessa dell'atto di vendita, la trascrizione che in generale è fatta dall'acquirente, ma che giusta la formale dichiarazione della legge vale come iscrizione pel venditore. In ciò soltanto l'art. 2108 nell'applicazione speciale che fa del principio della pubblicità si allontana per eccezione dai termini e dalle condizioni in cui questa regola è fermata dall'art. 2106.

E non senza ragione se ne allontana; ma evidentemente in vista dello scopo verso il quale tendeva il legislatore. Questo scopo essendo quello di provvedere a che i creditori abbiano realmente la integrità del loro pegno, e a che non sieno vittime di atti clandestini tra il venditore e l'acquirente (2), egli è aperto non esservi mezzo più sicuro di raggiungerlo che di esigere la trascrizione del titolo, poichè la trascrizione che costituisce la mutazione stessa rispetto ai terzi, lor fa conoscere istantaneamente e ad un tempo tutto ciò che essi ànno interesse a conoscere. La perfezione del sistema sarebbe stata al certo quella di prendere per regola e di applicare a tutti i privilegi questo mezzo che, denunziando la esistenza del privilegio col segno stesso della trasmissione, dà a tutti i dritti una garentia sì completa. Ma, l'abbiamo già detto al n. 251, i crediti che la legge dichiara privilegiati non si deducono sempre nettamente dal fatto o dall'atto da cui traggono origine; àvvi delle incertezze e delle eventualità di cui il legislatore non poteva, senza ingiustizia, dispensarsi dal tener conto, ed in considerazione delle quali ha dovuto lasciare al creditore il tempo di riconoscersi o di riconoscere il suo dritto ed accordargli un termine per renderlo pubblico. Il venditore trovasi sotto tale rapporto in un'altra condizione; per lui il credito emerge, senza incertezze nè eventualità, dal contratto stesso di vendita, ed appunto perciò il legislatore fa della trascrizione del titolo l'elemento della pubblicità, vale a dire di ciò che costituisce la mutazione rispetto ai terzi, di ciò che in conseguenza dà al privilegio la sua ragione di essere.

263. Per questa ragione ancora e contrariamente ad una dottrina generalmente ricevuta (3), noi non ammetteremmo che il venditore potesse, almeno sotto il punto di vista di preferenza (*ved. infra* n. 1124), supplire alla trascrizione mercè una semplice iscrizione, con una iscrizione diretta che

(1) Ved. (*loc. cit.*, p. 91, nota.

(2) Ved. *l'esposizione dei motivi* del Treilhard al Corpo leg. (Fenet. t. XV, p. 472).

(3) Ved. Corte di Cass., 6 luglio 1807, e 6 marzo 1811. Rennes 21 agosto 1811, Castel Sarrazin (sentenza del 22 luglio 1850, Dev., 50, 2, 417). — Ved. Troplong (n° 284 bis), Mourlon (n° 237, nota).

prendesse sull' immobile da lui alienato. Si è detto fin qui che la iscrizione è il mezzo normale, il mezzo indicato in massima per affiggere la pubblicità a un dritto ipotecario o privilegiato, e che essendosi ammessa la trascrizione nell' interesse del venditore per francarlo dalle formalità superflue, il venditore è libero di rinunziare a questo favore della legge e di collocarsi sotto il dritto comune. Ma se fino ad un certo punto tutto ciò ha potuto ammettersi pria della legge del 23 marzo 1855 nel sistema che, sostenendo l'art. 2108, ne aveva fatto una disposizione isolata, del tutto indipendente dal principio di cui era la conseguenza, noi non sapremmo comprendere che la si ammettesse ancora dopo questa legge che ha ristaurato il principio. Una iscrizione *dal canto del venditore* sarebbe senza obbietto dopo la trascrizione, e pria, qualunque iscrizione è impossibile. Come dunque s'iscriverebbe il venditore? La vendita rispetto ai terzi non esiste finchè non è trascritta, ed il venditore rimane proprietario dell'immobile. Il privilegio non ha dunque la sua ragione di essere, e del resto non si prende iscrizione su di sè stesso. Nel sistema della legge la pubblicità del privilegio è la pubblicità della vendita stessa; e poichè la vendita non può rendersi pubblica che a patto della trasmissione, gli è aperto che la teoria stessa della legge più non permette oggidì al venditore di provvedere alla conservazione del suo privilegio con una iscrizione diretta, e di sostituire questa iscrizione alla trascrizione.

264. Ma egli ha il mezzo della trascrizione, avendo egli qualità per richiederla non meno che l'acquirente stesso. Senza dubbio, come testè dicevamo, la trascrizione è fatta in generale dall'acquirente, e costui à un interesse sì potente all' adempimento di questa formalità, senza di cui il contratto da lui stipulato col venditore non avrà la menoma solidità (*ved. supra*, numero 261), che la negligenza e il ritardo dal canto suo non sono neppure supponibili. Ma da ultimo se, per una causa qualunque, ei lo trascurasse, il venditore potrebbe richiedere la trascrizione, i cui effetti sarebbero, vuoi al punto di vista della consolidazione della proprietà, vuoi al punto di vista della conservazione del privilegio, gli stessi che se fosse stata richiesta dall'acquirente (1).

265. Il privilegio del venditore si conserva dunque con la trascrizione. Ma la trascrizione di che? La legge cel dice in termini espressi, la trascrizione del titolo *che ha trasferito la proprietà all'acquirente* e che attesta che la totalità o parte del prezzo è dovuta al venditore. Si è dunque inteso male la legge il decidere, come ha fatto la Corte di Bruxelles, che nel caso di due vendite successive di un immobile, la trascrizione fatta dal secondo acquirente del suo contratto di acquisto, conserva il privilegio del primo venditore che non ha fatto trascrivere, se il secondo contratto menzioni il primo e il credito del venditore originario (2). Evidentemente nei termini, come nello spirito della legge, il venditore assicura il suo privilegio con la trascrizione del proprio contratto, e non potrebbe mantenerlo con la trascrizione di un contratto che gli è estraneo. La Corte di cassazione ha detto, in altri termini, ma con perfetta esattezza « che il privilegio del venditore non si conserva che mercè la trascrizione *del contratto* da cui esso risulta e non da quella dei contratti ulteriori (3). » A dir vero la specie nella quale è intervenuto l'arresto della Corte di cassazione differiva dalla precedente, in quanto che il credito del primo venditore non era menzionato nel secondo contratto sottoposto alla trascrizione, nè messe a carico del secondo acquirente; ma ciò non merita alcuna considerazione. Ciò che domina sempre, si è la disposizione della legge la quale vuole la trascrizione del titolo stesso che ha trasferito la proprietà all' acquirente, e ciò qui manca. La circostanza che il secondo contratto non si limita a menzionare il primo, che inoltre contiene la relazione del credito del venditore originario, non potrebbe far sì che siavi trascrizione di questo stesso contratto primitivo, trascrizione nelle condizioni determinate dalla legge ed alle quali la legge subordina la conservazione del privilegio. Epperò la Corte di cassazione, investita di bel nuovo della quistione nella stessa circostanza di cui qui parliamo, non ha esitato a confermare la sua dottrina e ad estenderla a questo caso particolare, decidendo che il privilegio non è conservato pel primo venditore, anche quando trova la menzione del prezzo a lui dovuto nella seconda vendita trascritta dal secondo acquirente. Tale è del resto l'avviso della giurisprudenza e degli autori (4).

(1) Ved. Dalloz, (*loc. cit.* § 3, n° 3), Troplong (n° 258).
(2) Ved. Bruxelles, 3 lug. 1817 (Dall period. 2, 420).
(3) Rig., 14 maggio 1818; Ved. Montpellier, 9 giugno 1833 (Dall., 34, 2, 173).
(4) Ved. Rig. 29 aprile 1845 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 433).—Ved. Rouen, 30 maggio 1840 (Dalloz, 40, 2, 197).—Ved. Delvincourt (t. III, p. 283), Grenier (t. II, n° 377), Persil (art. 2108, n° 2, e quist., lib. 1, c. 6, § 1), Dalloz (loc. cit., n° 4), Troplong (n° 284).

266. Ma si è dimandato se la trascrizione del contratto stesso conserverebbe il privilegio del venditore, nel caso in cui questo contratto fosse redatto in atto sotto privata scrittura tra il venditore o l'acquirente. La quistione erasi già agitata sotto la legge di brumaio e la negativa aveva prevaluto in una decisione ministeriale del 25 nevoso anno 8.°, giusta la quale gli atti sotto privata scrittura, traslativi di proprietà d' immobili non dovevano essere trascritti sui registri della conservazione delle ipoteche, ammeno che non fossero stati previamente riconosciuti o dichiarati tali mercè una sentenza. I motivi di questa decisione riprodotti in una circolare della regia del 23 piovoso, anno 8.°, erano che la trascrizione dell'atto di vendita trasmettendo all'acquirente, come prescriveva l'art. 26 della legge di brumaio, il dritto che aveva il venditore alla proprietà dell'immobile, non è da presumersi che il legislatore abbia inteso ammettere ad una formalità sì importante pel suo effetto atti che non ànno alcun carattere di autenticità; che del resto sarebbe tanto più pericoloso di rivestirneli che, mercè una vendita supposta, persone di mala fede le quali abusassero della fiducia cui siffatta formalità deve naturalmente ispirare, potrebbero presentarsi come proprietarie d' immobili al quali non avessero alcun dritto, ed ingannar così coloro che lor prestassero sulla garentia di tale ipoteca; da ultimo che dall'art. 29 combinato con l' art. 3 della legge di brumaio risulta la impossibilità di ammettere alla trascrizione le vendite d'immobili sotto privata scrittura non riconosciuta, poichè supponendo eseguita questa formalità con un atto di tale natura, che stabilisce un credito a pro del venditore, risulterebbe in questo caso dal concorso di questo due disposizioni che il conservatore sarebbe tenuto, al termini dell'art. 29, di fare sul registro la iscrizione di questo credito, mentre che l'art. 3 non gli permetterebbe di effettuire siffatta iscrizione, atteso che questo titolo di credito non avrebbe il grado di autenticità che espressamente richiede tale disposizione.

Sotto l' impero del Codice ed in erigine la quistione è stata ugualmente discussa. Non pertanto a fronte del testo che aveva consacrato il principio traslativo della vendita mercè il solo consenso (art. 1583) e specialmente in vista della dottrina che, isolando l' art. 2108, aveva fatto prevalere questo principio stesso rispetto ai terzi, la decisione ministeriale dell' anno 8.° non poteva sostenersi. Epperò consultatosi il Consiglio di Stato, esso fu d'avviso che gli atti di vendita sotto privata scrittura e registrati potevansi presentare alla trascrizione atteso « che niuna disposizione si oppone a che simili atti sieno trascritti sui registri del conservatore delle ipoteche, che siffatta trascrizione non ha altro effetto che quello di annunziare alle persone interessate che la proprietà di un immobile è passata da una mano in un altra, e che non sarebbevi motivo per vietare gli annunzii del cangiamento che si fosse operato con atto sotto privata scrittura, quando è permesso alienare in tal modo; che non può trarsi alcuna induzione contraria, dacchè la iscrizione ad effetto di acquistare ipoteca non può aver luogo se non in vista di una spedizione autentica, che da ultimo at tempo della discussione del titolo del Codice civile *sui Privilegi ed Ipoteche*, la quistione fu proposta al Consiglio di Stato, e parve sì evidente potersi trascrivere un atto di vendita sotto privata scrittura debitamente registrato, che si giudicò superflua una disposizione per permetterlo (1) ». La dottrina e la giurisprudenza hanno ammesso questo avviso, o non han cessato di seguirlo (2). Sotto il punto di vista dell'interpetrazione della legge, la soluzione è evidentemente esatta, poichè alla fin fine non v' è disposizione che esclude dalla trascrizione gli atti sotto privata scrittura, e che la formalità potendo esser loro accordata nel manco di un testo che lo vieta, è naturale che la trascrizione produca il suo effetto a prò del venditore, vale a dire che conservi il privilegio. E ciò è vero anche dopo la legge del 23 marzo 1855 che ha ristabilito la trascrizione come mezzo di trasmettere la proprietà rispetto ai terzi, essendo costante, mercè la discussione da cui fu proceduta la legge, che la intenzione del legislatore è stata quella di mantenere sotto tal rapporto lo stato di cose che erasi stabilito sull' autorità dell' avviso precitato del Consiglio di Stato (3).

Ma, diciamolo, come punto di legislazione, noi non crediamo che la soluzione che ha prevaluto sia la migliore. A nostro avviso essa non è stata ammessa se non perchè la quistione era fuori luogo. Si è supposto che si trattava di rivenire sulla disposizione del Codice la quale accorda al solo consenso l' effetto traslativo nelle vendite, e di aumentare questa disposizione. La quistione fermavasi così al tempo della discus-

(1) Avviso del Consiglio di Stato del 3 fr....le anno 13.

(2) Ved. Grenoble, 8 feb. 1810; Grenier (t. II, n° 3..), Delvincourt (t. II, p. 285, nota), Persil (art. 2108, n. 7), Dalloz (loc. cit., n. 6) Troplong (n° 385 bis).

(3) Ved. segnatamente il rapporto del Bell...

sione preparatoria del Codice nella seduta alla quale faceva allusione l'avviso succitato del Consiglio di Stato; vi si scorge che vi si riferiva al titolo *della Vendita* e che senza sapere ancora ciò che si farebbe della trascrizione o il carattere che le sarebbe attribuito, si diceva che le vendite sotto privata scrittura essendo state dichiarate valide e traslative di proprietà in questo titolo *della Vendita*, più non si poteva, senza mettersi in opposizione con questo principio, dichiarare che simili atti non sarebbero suscettivi di essere trascritti (1). Ma qui si trattava di tutt'altro. Trattavasi dell'interesse dei terzi, rispetto ai quali la proprietà più non è definitivamente consolidata, giusta la nuova legge, che mercè la trascrizione. Trattavasi di sapere se, in presenza della trascrizione così ristabilita dalla novella legge, l'atto sotto privata scrittura, sempre efficace per altro per le parti tra loro ed anche pei loro eredi o aventi causa, potrebbesi opporre ai terzi. In questo ordine di idee, a noi pare che l'autenticità dell'atto sarebbe stata necessaria, e siccome abbiamo tentato di stabilirla altrove mercè considerazioni alle quali non è qui il caso di rivenir sopra (2), fuori di questa autenticità, è permesso dire che l'armonia ha cessato di esistere tra la regola della legge e gli effetti di essa.

267. Ai termini del nostro articolo la trascrizione non conserva il privilegio che in quanto il titolo il quale trasferisce la proprietà all'acquirente attesti che la totalità o parte del prezzo è dovuta al venditore. Ciò è evidente, e presa alla lettera la proposizione sarebbe davvero puerile, poichè non potrebbe esser questione del privilegio, nè per conseguenza di un dritto di preferenza a conservare, allorquando l'obbligo di pagare che incombe all'acquirente è estinto, vuoi mercè il pagamento, vuoi in tutt'altro modo (*ved. supra n.* 190). Ma può stare che il venditore sia creditore di tutto o parte del suo prezzo, senza che il contratto lo contesti, o senza che sia determinata la cifra reale del credito. Di qui scorgesi la importanza necessaria a precisarlo.

P. es. Pietro ha venduto a Paolo un immobile e l'atto di vendita porta quietanza. Nonpertanto un atto ulteriore stipulato tra Pietro e Paolo attesta che Pietro è sempre creditore del suo prezzo, ma che Paolo gliene à rimesso la valuta in biglietti, col patto altresì che sino all'incasso Pietro conserverebbe tutte le sue garenzie. In questa posizione la trascrizione del contratto di vendita non assicura privilegio a Pietro. Costui avrà un bel dire ch'egli è sempre creditore del suo prezzo, che la primitiva obbligazione di Paolo sussiste non ostante la rimessa dei biglietti (ved. supra, n. 145); il privilegio non esisterà rispetto ai creditori ai quali Paolo avesse conferito dritto sull'immobile, perchè il titolo traslativo della proprietà non attesta che il prezzo sia dovuto (poichè per lo contrario il titolo porta quietanza) e nel manco di tale constatazione che non potrebbe supplire la particolare convenzione intervenuta dopo la vendita tra l'acquirente e il venditore (*ved.* n. 190), i terzi non àn dovuto supporre l'esistenza di un credito privilegiato. Nonpertanto risulta da un arresto della Corte di cassazione che, allorquando in un atto di vendita sotto privata scrittura che porta quietanza del prezzo, è stato depositato dall'acquirente il quale ha riconosciuto che il prezzo non si è pagato contante, ma in biglietti, e che à dichiarato che per sicurezza del pagamento di questi biglietti gli ipoteca l'immobile venduto e consente inoltre a che il venditore conservi il suo privilegio sul detto immobile, e allorquando del resto gli atti sono stati seguiti dalla trascrizione, i creditori dell'acquirente sono mal fondati a contestare il privilegio del venditore sotto pretesto che l'atto porti quietanza (3). Ma l'arresto non contraddice la nostra soluzione, al contrario pienamente la conferma; chè nella specie quel che erasi trascritto, non è soltanto l'atto di vendita depositato presso il notaio, si è altresì l'atto di deposito attestante che il venditore era rimasto creditore: di tal che per effetto di questa trascrizione simultanea dei due atti, i terzi avevano potuto essere perfettamente avvertiti, come se non fossevi stato che un solo atto attestante la vendita e il credito del prezzo.

Altro esempio: il prezzo di vendita invece di consistere in una somma di danaro è stipulato in oneri, in prestazioni, la cui cifra è indeterminata e non può fissarsi; la trascrizione del contratto non conserva neppure il privilegio, perchè non si può dire che il prezzo dovuto al venditore sia constatato, allorquando il contratto ne indica solo gli elementi più o meno eventuali. In una specie in cui l'aggiudicatario di un fondo nazionale cedeva il terzo di questo fondo senza determinazione di prezzo, ma unicamente con la stipulazione che il cessionario non potrebbe nè alienare nè vendere il terzo a lui ceduto pria che le cedole sottoscritte alla nazione dal cedente fossero interamente soddisfatte,

(1) Fenet (t. XV, p. 385).
(2) Ved. *Riv. crit.* di legisl. t. IV, p. 175 e seg.

(3) Rig., 4 dic. 1825.

la Corte di Bruxelles à deciso che la trascrizione di un tal contratto non vale inscrizione pel venditore, o non ha per effetto di conservare il privilegio « atteso che la cessione non esprime alcun prezzo determinato a pagarsi dal cessionario; che al contrario essa lascia il dubbio, se questo cessionario sarà subito tenuto a qualche prezzo verso il cedente, donde risulta che il conservatore non avendo potuto fare alcuna iscrizione di uffizio, il venditore deve a sè imputare di non aver fatto alcuna riserva nell' atto di cessione (1). . . » La decisione a parer nostro è perfettamente giuridica. Nonpertanto è uopo stare accorti. Il punto essenziale è che i terzi sieno avvertiti in modo che non siavi possibile sorpresa. Epperò noi pensiamo che, se l'atto trascritto rivela gli oneri con indicazioni tali che i terzi non possano ingannarvisi, il voto della legge sarà adempito, e la trascrizione si dovrà considerare come fatta nelle condizioni volute per la conservazione del privilegio. Noi troviamo un'applicazione della legge in questo senso in un recente arresto, col quale la Corte di cassazione decide che alloraquando, dopo divisione di un terreno prosciugato, con obbligo a ciascun condividente di rimaner soggetto agli oneri comuni che affettano gl'immobili compresi nella divisione, quali le indennità per evizione, le riparazioni di manutenzione e le spese di gestione, uno dei condividenti venda la sua quota e stipoli che le indennità alle quali potrebbe esser tenuto in forza della divisione saranno sopportate dall' acquirente, oltre del suo prezzo, la trascrizione del contratto conserva il privilegio non solo pel prezzo stipulato in danaro, ma anche pel montare degli oneri la cui liquidazione si è ulteriormente fatta (2). Eravi nella specie la circostanza particolare che la vendita che aveva avuto luogo per aggiudicazione era stata preparata con un quaderno di oneri esprimenti nettamente la provvenienza del terreno posto in aggiudicazione e gli oneri che l'aggiudicatario eventuale avrebbe a sopportare, con indicazione degli atti e delle sentenze da cui derivavano tali oneri; di tal che la vendita, o la sentenza di aggiudicazione essendosi in seguito trascritte con tutte queste indicazioni, è vero dire che i terzi erano stati avvertiti, se non tanto completamente come se gli oneri eventuali al momento della trascrizione fossero stati liquidati, almeno in modo da stare in giardia e da valutare sanamento la garentia che lor poteva offrire l'immobile gravato in prima linea dal privilegio del venditore.

268. *Della inscrizione di uffizio.* — È questa la seconda misura, la formalità complimentaria indicata dall' art. 2108. La legge vuole che indipendentemente dalla formalità di cui abbiamo testè parlato, dalla formalità essenziale che rende pubblico il privilegio con la relazione del contratto, da cui risulta, sul registro delle trascrizione, siavi pure sul registro delle iscrizioni una espressa menzione di questo privilegio: essa vi provvede imponendo al conservatore l' obbligo di fare di uffizio l' iscrizione sul suo registro del credito, risultante in favore del venditore, dall' atto traslotivo di proprietà. In ciò ancora il pensiero dei redattori della legge, quello almeno degli autori del progetto, proposto in opposizione all' idea di restaurare l'editto del 1771 (ved. supra p. 145), fu di riprodurre il sistema della legge di brumaio; ma la discussione condusse a una modifica. Il progetto diceva infatti nel suo art. 17: « Il venditore privilegiato conserva il suo privilegio con la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà all' acquirente ed attestante che la totalità o parte del prezzo è a lui dovuta; *a qual effetto* il conservatore fa di uffizio la inscrizione sul suo registro dei crediti non ancora iscritti risultanti da siffatto titolo (3). . . » Era questa la riproduzione letterale dell' art. 29 della legge di brumaio, salvo una parola (la parola *venditore* sostituita a queste altre: *precedente proprietario*); e appunto perciò la disposizione indicava, come erasi ammesso sotto la legge di brumaio, che la conservazione del privilegio si rannodava a questa inscrizione di uffizio, che la sorte del credito dipendeva dall'esattezza del conservatore e dalla regolarità ch'ei porrebbe nell' adempimento di questa formalità. Siffatta eccessiva conseguenza non vollesi ammettere nel Consiglio di Stato. I processi verbali sono ben precisi a tal riguardo. « Il Console Cambacérès, vi si legge, trova molto sagge le disposizioni dell'art. 17; ei vorrebbe non pertanto che *l' effetto non dipendesse dalla esattezza del conservatore.* È utile di far iscrivere il credito del venditore, affinchè ognuno sappia che l'immobile è gravato e non siavi sorpresa; quando la trascrizione attesta che il prezzo non è stato pagato per intero, tutti sono sufficientemente avvertiti; nè gli acquirenti, nè i mutuanti possono più essere ingannati. Qualunque particolare iscrizione

(1) Brux lles, 17 marzo 1806.
(2) Rig. 14 lug 1855 (Dall, 55, 1, 315).

(3) Fenet (t. XV, p. 331), Locré (t. XVI, p 227).

diviene dunque inutile, *e non v'è ragione di farne una condizione che esponga il credito del venditore se il conservatore è negligente.* Si risponderà che il venditore può vegliare a che si faccia la iscrizione. Ma perchè esporlo ad una eventualità che gli si può risparmiare senza inconveniente? — Il Treilhard propone di dichiarare *che la trascrizione varrà iscrizione* per la parte del prezzo che non fosse stata pagata. — Il Jollivet domanda che non pertanto *, affinchè il registro delle iscrizioni sia completo,* la legge obbliga il conservatore di trasferirvi il credito del venditore *, senza non ostante che la omissione di siffatta formalità nuoccia alla conservazione del privilegio.* — L'articolo è adottato con questi emendamenti (1). » Ed in fatti questi emendamenti si riflettono in una redazione che dà all'art. 2108 il significato indicato nella discussione, e rinserra ciascuna delle parti di questo articolo nel suo obbietto preciso. Epperò la prima, quella da noi or ora commentata, formola la idea del Treilhard, cioè che la *trascrizione vale inscrizione* e risponde con ciò al principio dell'art. 2106, giusta il quale il privilegio produce il suo effetto tra creditori mercè *l'inscrizione*, questa parte dell'articolo vuol dire che la trascrizione che pel venditore vale inscrizione, basta da sè sola per conservare il privilegio e dargli effetto. Indi la seconda parte, quella che ci resta a spiegare, esprime che *nonpertanto* (vale a dire tutto che il credito del venditore sia totalmente assicurato mercè la trascrizione) il conservatore sarà tenuto di fare di uffizio la inscrizione del credito sul suo registro e ne sarà tenuto sotto pena di tutti i danni-interessi *verso i terzi* (e non *verso il venditore*) il che ben implica questa idea, posta sempre innanzi nella discussione dell'articolo, che qui l'interesse del venditore e fuori causa, e che la iscrizione di che trattasi richiesta per misura di ordine, *affinchè il registro delle trascrizioni sia completo* (secondo la espressione del Jollivet) ha per iscopo, per unico scopo l'interesse dei terzi. Questa iscrizione di uffizio darà ai terzi dei ragguagli più precisi di quel che può far la trascrizione, in quanto che deve riassumere e mettere in chiaro le parti essenziali a conoscersi dell'atto di vendita, i crediti che ne risultano, le condizioni, le modalità, cose tutte che nell'atto trascritto possono essere oscure o per lo meno difficili a ricercare in una redazione più o meno complicata. In questo senso la iscrizione di uffizio, tutto che inutile per la conservazione del privilegio, aggiunge nondimeno alla pubblicità di esso.

269. Nonpertanto è mestieri riconoscerlo, per quanto possa supporsi completo il registro delle iscrizioni, sarebbe un pericolo pei terzi l'affidarvisi completamente. In pria le iscrizioni, tuttochè trasferite nel registro loro proprio, possono non essere esatte, e poi quel registro che era completo dieci anni or sono, più nol sarà oggidì, se la iscrizione non è rinnovata (tra breve esamineremo il ponto di sapere se la iscrizione di uffizio è soggetta alla rinnovazione decennale); da ultimo il venditore conserva il suo privilegio, come abbiam veduto, non già con la inscrizione di officio, ma esclusivamente con la trascrizione. Che cosa conchiudere da ciò? Evidentemente che i terzi i quali, facendo un mutuo, vorranno assicurarsi la garentia di una ipoteca, dovranno necessariamente levare due stati, uno dal registro delle trascrizioni pel privilegio del venditore, l'altro dal registro delle iscrizioni per gli altri privilegi e per le ipoteche. Questa necessità fornirà inevitabilmente ai pratici una obbiezione la quale, se l'amministrazione del registro persiste nelle misure che à prese, non sarebbe senza qualche apparenza di ragione contro la idea che la trascrizione da sè sola basta alla manifestazione del privilegio, indipendentemente dalla inscrizione di uffizio. Una duplice ricerca, diranno essi, crea in sè stessa degli ostacoli, delle complicazioni e delle gravi difficoltà. Si è già questo un indizio contro la interpetrazione che si fa della legge, il cui pensiero è stato di render tutto chiaro e facile. Ma evvi qualche cosa di più, si è che l'amministrazione del registro per le sue esigenze, conduce in certo modo ad una impossibilità. E di fermo prendendo il testo dell' art. 2196 Cod. Nap. essa aveva prescritto ai conservatori, con le sue antiche istruzioni, e lor prescrive ancora con la nuova istruzione del 24 nov. 1855, redatta in vista della esecuzione della recente legge sulla trascrizione, di consegnare a chi voglia conoscere le trascrizioni non già un estratto, ma *un' intera copia* degli atti trascritti. Or ciò implica un tale anticipo di spese che ne risulta un ostacolo serio. E questo ostacolo diviene presso che insormontabile se, senza esagerar le supposizioni, s'immaginino delle situazioni complicate da successivi mutamenti nella proprietà. Così Pietro compra un fondo e fa trascrivere il 1° gennaio 1856; poi il 1° gennaio 1857 vuol contrarre un mutuo.

(1) Ved. Locré (t. XVI, p. 237, 248), Fenet (t. XV, p. 338).

Senza dubbio se è rimasto proprietario del fondo, la situazione sarà ben semplice: un certificato negativo di trascrizione basterà per la garentia del mutuante; ma se non à conservato che una parte del fondo, se lo ha smembrato e ne à venduto porzione, in particelle, a otto, dieci o dodici compratori, o a un maggior numero, ecco che il mutuante sarà obbligato di farsi rilasciare la copia di otto, dieci contratti o anche più, e ciò sol per sapere che cosa rimanga tuttora della proprietà al mutuatario! La leggo in questi termini è forse eseguibile? Può mai essere che abbia voluto obbligare a questo enorme disborso di spese? E non fa d'uopo forse riconoscere che, prescrivendo una iscrizione di uffizio, appunto nell' interesse dei terzi, abbia inteso rinviare i terzi al registro delle iscrizioni per cercarvi la manifestazione del privilegio e al tempo stesso quella degli altri oneri che possono gravare la proprietà del debitore?

A ciò è uopo rispondere esservi, ad un tempo, del vero e del falso nella obbiezione. Ciò che è falso si è che in niuna epoca il legislatore à inteso che basterebbe il ricercare il privilegio del venditore sul solo registro delle inscrizioni. La discussione dell'art. 2108, come l'abbiamo più sopra riprodotta, e tutta la discussione della legge nelle parti che si rannodano a questo punto particolare non lasciano alcun dubbio sulla idea che la trascrizione da sè sola conserva il privilegio; la discussione suppone appunto con ciò che, nel pensiero dei redattori della legge, i terzi sarebbero obbligati ad una duplice ricerca, una nel registro delle trascrizioni pel privilegio del venditore, l'altra nel registro delle iscrizioni per gli altri privilegi e per le ipoteche. Oggidì, giusta la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, questa duplice ricerca è più che mai una necessità.

Ma tale ricerca può essere facilitata e resa semplice: ed in ciò evvi del vero nella obbiezione. Ma però quanto in essa evvi di fondato va meno contro la legge stessa, la quale ben inteso si presta a tutte le semplificazioni desiderabili, che contro la interpetrazione estensiva di cui è stata l'obbietto dal canto dell'amministrazione. La legge infatti, segnatamente quella che ormai ci regola, del 23 marzo 1855, ha dei precedenti, di cui l'amministrazione non ha tenuto sufficiente conto e che esattamente valutati, l'avrebbero resa meno severa nelle sue esigenze. Nel suo primitivo progetto, la legge del 1855 conteneva un articolo 3.° le cui disposizioni avevano appunto nel punto di vista che ci occupa la più alta importanza. Questo articolo esprimeva che per operare la trascrizione, una copia intiera dell'atto o della sentenza sarebbe depositata all'uffizio della conservazione delle ipoteche: poscia esigeva che la copia fosse sottoscritta dal notaio se l'atto era autentico; dalla parte che richiedeva la trascrizione se l'atto era in iscrittura privata; e se si trattava di una sentenza, dal patrocinatore. In seguito imponeva al conservatore l'obbligo di dare ricevo al deponente, di classificare le copie per ordine di data, e *di trascrivere per estratto su di un registro a ciò destinato* i nomi, cognomi e domicilio delle parti, la data dell'atto o della sentenza, la natura e la situazione dell' immobile, la natura dei dritti trasmessi o riconosciuti dall'atto o dalla sentenza, il giorno e l'ora del deposito. Da ultimo l'articolo aggiungeva che un regolamento di amministrazione pubblica determinerebbe le misure a prendersi per la esecuzione. Accanto a questo articolo che, secondo noi, attuava col deposito delle copie un immegliamento rispetto al sistema della pubblicità con con la trascrizione dell'atto (1), seguiva nel progetto un altro articolo che sussiste ancora nella legge, ove porta il n.° 5, e ai termini del quale « il conservatore, allorquando ne è richiesto, rilascia sotto la sua responsabilità lo stato speciale o generale delle trascrizioni e menzioni prescritte dagli articoli precedenti. » Or risultava invincibilmente dal confronto di questi testi che i terzi potevano farsi rilasciare lo stato per via di estratti, quali dovevano essere fatti e trascritti dal conservatore sul registro, di cui era cenno all'articolo 3.°, ed è evidente che i terzi avrebbero tuttora questo dritto, se i due articoli coesistessero nella legge. Ma l'art. 3.° è stato soppresso; vi è solo l'art. 5.° I redattori della legge avrebbero forse abbandonato il pensiere degli estratti? Avrebbero forse voluto, che ormai i terzi, ai quali potrebbe bastare un estratto dell'atto, ed ai quali basteranno quasi in tutti i casi le enunciazioni che erano indicate dall'art. 3.°, saranno nonpertanto tenuti a ritirare *l'intera copia* dell'atto? In niun modo: si è sostituita la trascrizione al deposito delle copie, sol perchè il modo è sembrato migliore per rendere pubblico il privilegio, e non mica per escludere la facoltà di domandare e di ottenere la consegna da parte del conservatore di stati in estratti. Ciò è evidente dalla discussione stessa che ebbe luogo al Corpo legislativo. Nella seduta del

(1) Ved. quanto abbiam detto nella *Rivista critica*, (t. IV, p. 173).

13 gennaio 1855, Duclos mettendo in vista gl'inconvenienti risultanti dal sistema dell'amministrazione, faceva ritorno verso questo art. 3.° il quale era stato soppresso, e diceva espressamente che, mercè il registro di che era cenno in quest' articolo, i terzi si quali bastasse una conoscenza sommaria delle trascrizioni potrebbero domandare uno stato di queste inscrizioni di offizio. « Se le loro relazioni di affari con l'antico proprietario dell' immobile, soggiungeva il Duclos, son tali che abbian d'uopo di conoscere, per intero, l'atto che è stato trascritto, ne domanderanno una copia al conservatore. Ma almeno lo stato che avran levato di queste iscrizioni di uffizio lor permetterebbe di designare, di indicare l'atto di cui han bisogno. Sotto questo rapporto adunque, l'articolo del progetto del governo, che prescriveva al conservatore di fare le iscrizioni di uffizio sotto forma di estratto e su di un registro speciale, rispondeva ad un serio bisogno. *Noi non abbiamo inteso proscrivere questo modo di esecuzione:* almeno, in quanto mi concerne, io non ho così capita la soppressione dell' art. 3.° (il Duclos era membro della commissione). Il progetto che vi è sottoposto poteva presentare, a causa del suo laconismo, taluni dubbii a tal riguardo. Io ho voluto indicarli, affinchè fossero dileguati con la discussione; avrei preferito che questo importante principio fosse fermato nella legge: esso non vi è; non vo' farne un motivo di rigetto per questa legge, ma domando almeno, che siffatta formalità di un estratto, sotto forma d' inscrizione di uffizio su di un registro speciale, sia prescritta dal regolamento di amministrazione pubblica, che sarà fatto per la esecuzione della legge. Senza di ciò i terzi non potranno giammai conoscere il vero stato delle trascrizioni e della proprietà. ». Niuna voce levossi contro queste giuste osservazioni: è uopo conchiudere che, nel pensiero dei redattori della legge, le esigenze dell' amministrazione del registro non sono giustificate: del resto esse non sono neppure universalmente soddisfatte. Molti conservatori fanno oggidì per le trascrizioni ciò che giornalmente fanno nella pratica per le iscrizioni di uffizio, per le trascrizioni di pegnoramenti, allorchè è lor richiesto uno stato dei pegnoramenti: procedono per via di estratto per le trascrizioni o rilasciano certificati di trascrizione. L'amministrazione stessa sembra meno imperiosa di quel che era nelle primitive sue istruzioni; quella del 21 nov. 1855 testè citata è ben longi dall' essere concepita in termini sì assoluti como quelle alle quali è venuta ad aggiungersi, e forse se non giunge fino ad autorizzare francamente gli stati per via di estratti, si è men perchè riguarda siffatta forma come contraria alla legge che perchè, prevedendo la possibilità di negligenza o di errori nella esecuzione, non vuole che questi errori o queste negligenze possano esserle imputate anche in modo indiretto. Checchè ne sia, la forma è regolare, ed è tutto quello che noi volevamo assodare. E di fermo ciò basta per rispondere alla obbiezione da noi prevedota e per dimostrare che la necessità pei terzi di levare due stati, ed anche tre, secondo la ipotesi, comprendendovi quello delle menzioni prescritte dall'art. 4 della legge del 23 marzo 1855, non altera in nulla l'indole della legge e non fa che in definitiva l'iscrizione di uffizio non sia un affare di ordine del tutto indifferente pel venditore, il cui privilegio si manifesta e si conserva esclusivamente con la trascrizione.

270. Di qui una conseguenza; si è che al punto di vista del dritto di preferenza, il solo di cui ora ci occupiamo (nè il lettore vorrà obbliarlo) le prescrizioni della legge relativamente alla inscrizione di uffizio non debbono nè vantaggiare nè pregiudicare il venditore.

Epperò, se fosse possibile di ammettere che il conservatore, supplendo allo lacune dell'atto trascritto facesse nella sua iscrizione di uffizio il calcolo del credito risultante dall'atto di vendita, il quale vi fosse indeterminato, sarebbe mestieri dire che il venditore non potrebbesi prevalere della inscrizione di offizio, in vista del privilegio che la trascrizione con le lacune che noi supponiamo non gli conserverebbe, (ved. *supra*, n° 267). A più forte ragione la inscrizione di uffizio non dovrebbe vantaggiare il venditore, se si fosse fatta dal conservatore oltre i termini fermati dall' art. 2108. Citeremo a tal proposito la seguente specie presentatasi innanzi la Corte di Peitiers. In febbraio 1823 una casa fu venduta a due conjugi dal proprietario, il quale richiese, indipendentemente dal privilegio risultante in suo favore dal contratto di vendita, una ipoteca convenzionale su di altri fondi appartenenti ai compratori. Essendosi trascritto l'atto il conservatore imaginò che la inscrizione di uffizio doveva abbracciare e il privilegio risultante dal contratto di vendita e la ipoteca convenzionale consentita al venditore per supplemento di garentia. La iscrizione di uffizio fu così fatta e dal suo canto il venditore credendosi senza dubbio al coverto trascurò di prendere iscrizione per la sua ipoteca convenzionale. Ma essendosi venduti gl'immobili, i creditori iscritti, che se ne disputavano il prezzo, non mancarono, come ben si pensa, di opporre gli articoli 2134 e 2148 a questo

venditore impreveggente, quando volle prendere anch'egli la sua parte del prezzo; e la Corte neppur mancò di giudicare, come doveva essere, che il creditore, vuoi da sè stesso vuoi mercè un terzo da lui specialmente incaricato può solo, adempiendo le formalità prescritte dagli articoli succitati, richiedere e prendere iscrizione per la ipoteca convenzionale a lui conferita, e che se il conservatore è tenuto, giusta l'art. 2108, di fare di ufizio sul suo registro la iscrizione del credito privilegiato risultante da un contratto di vendita, gli è certo almeno che nè questo articolo, nè alcun altro gli danno il potere di prendere, per una ipoteca convenzionale, anche quando è consentita da un atto di vendita e a pro del venditore, una iscrizione di cui costui possa prevalersi contro gli altri creditori iscritti sull'immobile affetto (1).

Ma se la iscrizione di uffizio non reca vantaggio al creditore, per lo contrario e per una giusta reciprocanza, la formalità non potrà neppure pregiudicargli. Così, se il conservatore omettesse di fare la iscrizione di uffizio, ovvero prendendola lasciasse commettere delle inesattezze nelle enunciative, inscrivesse un credito 10mila fr., allorchè è di 20mila, designasse sotto un solo cognome un debitore che ne avesse due, nulla di tutto ciò potrebbe nuocere al venditore; il suo dritto di preferenza non soffrirebbe la menoma ferita, chè per esso la trascrizione vale inscrizione; basta da sè sola per la conservazione del privilegio (2).

271. Pei terzi adunque e nel loro interesse soltanto è scritta la seconda parte dell'art. 2108, per essi ed in vista di una sicurezza maggiore il conservatore è obbligato a prendere una iscrizione di uffizio; epperò rispetto ai terzi soltanto e non rispetto al venditore, il conservatore obbligherebbe la sua responsabilità se trascurasse di adempiere la formalità, o se l'adempisse in modo irregolare. È disposizione espressa della legge; e qui il Troplong fa notare che il terzo, il quale volendo assicurarsi della posizione del suo debitore non avesse consultato che il registro delle iscrizioni, senza consultare anche quello delle trascrizioni, avrebbe commesso una colpa tale da diminuire di molto la responsabilità del conservatore, in caso che costui avesse omesso la iscrizione di uffizio del venditore (3). Noi non crediamo che tale sia stato il pensiero della legge; tutto che essa abbia supposto, come testè dicevamo, che i terzi dovrebbero fare delle ricerche tanto sul registro delle trascrizioni, quanto su quello delle iscrizioni, essa non ha men prescritto questa formalità complementaria appunto in vista di provvedere ad un mezzo, non solo di rendere più precisa e più completa la manifestazione del privilegio del venditore, ma ancora di giungere a costituire un registro nel quale si trovassero enumerati nel loro insieme tutti gli oneri da cui può essere gravata la proprietà. È uopo dunque che il registro sia regolarmente tenuto, ch'esso sia completo per quanto può dipendere dal conservatore: a queste condizioni soltanto avrà quella utilità che era nelle mire della legge. Lo irregolarità, le omissioni sono imputabili al conservatore; evvi un torto che non mette certamente al coverto la negligenza di colui che fidandosi ad un registro che deve credere completo, si dispensa dal ricorrere ad un altro registro. Così Pietro ha prestato 20mila fr., dopo aver consultato il registro delle iscrizioni, in cui non ha veduto alcuna traccia di privilegio o d'ipoteca gravante gl'immobili del mutuatario, ovvero non à veduto altra menzione che quella di un privilegio del venditore che affettava fino alla concorrenza di 20mila fr., rimasti dovuti, questi immobili che ne valgono 50mila. Pietro iscrive la sua ipoteca, e poi quando crede farsi pagare con preferenza sul prezzo di questi immobili, di cui il suo debitore è stato espropriato, il venditore sopravviene con un credito di 40mila fr., ed in forza della trascrizione del suo contratto, primeggia Pietro e prende quasi in totalità il prezzo su cui quest'ultimo aveva dovuto contare. Sarebbe forse in tal caso il conservatore fondato a dire a questo creditore evinto, « Voi perdete il vostro pegno, gli è vero; ma peggio per voi! faceva mestieri aver la cura di andare al registro delle trascrizioni? » Evidentemente che no. Se questo registro non è stato consultato, si è forse a causa della lacuna o della irregolarità rinvenuta in quello delle iscrizioni. Quest'ultimo registro non aveva forse potuto dar a credere col suo silenzio che gl'immobili del debitore erano liberi, ovvero non aveva indicato che il privilegio del venditore di cui erano gravati, garentiva una somma di 20mila fr. soltanto? E Pietro non ha forse potuto

(1) Ved. Corte di Poitiers, 1 luglio 1831.— La Corte di Cassazione ha giudicato non pertanto in senso contrario che il conservatore può prendere nell'interesse di un creditore e senza richiesta dal canto suo, una iscrizione per la conservazione di una ipoteca convenzionale. Rig. 13 luglio 1841. — Ma ved. su tal punto il nostro comentario dell'art. 2148.

(2) Ved. Parigi, 31 agosto 1810, Bruxelles, 28 maggio 1816.

(3) Ved. Troplong (n° 286).

credere che il registro delle trascrizioni non gliene direbbe dippiù? Se Pietro aveva d'uopo di fare scusare la sua negligenza, questa sarebbe una scusa per lui, e tanto più seria, in quanto che in definitiva l'errore in cui è caduto e il pregiudizio che ne risente hanno avuto il loro principio e la loro causa nella inosservanza delle formalità prescritte dalla legge appunto nell'interesse dei terzi per rischiararli e tenerli in guardia contro le sorprese. Checchè ne sia, evvi torto e colpa grave da parte del conservatore a non fare o a fare irregolarmente la iscrizione di uffizio che la legge gli impone di prendere; la negligenza dei terzi, ripetia solo, non potrebbe coprire questo fatto, nè per conseguenza liberare il conservatore dalla risponsabilità ch'essa trae seco.

272. Il pagamento giustificato da atto autentico (1) o la rinunzia dal canto del venditore nell'atto stesso al privilegio o all'azione risolutoria, potrebbero soltanto dispensare il conservatore dal fare la iscrizione di uffizio. Tutti gli autori insegnano a tal proposito, che nè la scadenza al momento in cui è richiesta la trascrizione, del termine fissato pel pagamento del prezzo, nè il consenso del venditore possono dispensare il conservatore dall'obbligo di prendere inscrizione (2).

Ciò è evidente, che da una banda la scadenza del termine, se fa presumere il pagamento, non ne è non per tanto la pruova sufficiente; poichè da una altra banda, la iscrizione di uffizio essendo prescritta nell'interesse dei terzi, non potrebbe appartenere al venditore, finchè sussiste il privilegio, di dispensare dal farla. Il conservatore adunque che nelle circostanze supposte, avesse omesso di prendere la iscrizione di uffizio, non troverebbe nemmeno una scusa nei fatti supposti, la colpa sussisterebbe e con essa la responsabilità che ne è la conseguenza. — Per identità di ragione è uopo dire che le irregolarità da cui la iscrizione potrebbe essere colpita, finchè vertessero su punti essenziali obbligherebbero la responsabilità del conservatore non ostante il silenzio della legge sulla forma in cui debbesi fare la iscrizione (3). Gli è aperto doversi seguire la forma delle iscrizioni ordinarie, appunto perchè la legge non ne indica un'altra che sia particolare alla iscrizione di uffizio: il conservatore non à dunque alcuna ragione di non seguirla, e non sarebbe scusabile di non averla seguita, almeno in quanto alle indicazioni essenziali, senza le quali la iscrizione di uffizio sarebbe una formalità puramente illusoria. — Evvi a notare su questo punto che la elezione di domicilio che è una delle condizioni imposte al creditore nelle iscrizioni ordinarie (artic. 2148, 1°) non è necessaria per le iscrizioni di uffizio nelle quali essa non avrebbe neppure obbietto, poichè non ligherebbe i terzi. Infatti si è deciso che quando vi è stato domicilio eletto pel venditore dal conservatore nel suo uffizio; al domicilio reale e non a quello eletto, il venditore debbe essere citato a produrre in una graduazione ulteriormente aperta (4). E ciò è giustissimo, chè l'elezione di domicilio fatta dal conservatore è ignorata dal venditore, e da altra banda il conservatore stesso non può essere al corrente dei mutamenti di domicilio, in guisa che non saprebbe in molti casi ove dirigere le notifiche che fossero fatte al domicilio da lui eletto.

273. La legge non fissa alcun termine in cui debbesi fare la iscrizione di uffizio. Ma qui ancora lo scopo che si è proposto il legislatore, l'interesse che ha avuto in mira di proteggere, suppliscono agevolmente al silenzio del testo. È uopo che i terzi sieno assicurati contro qualunque sorpresa e potrebbero non esserlo, se dipendesse dal conservatore di aggiornare a suo talento l'adempimento della formalità. Per esempio io vendo oggi la mia casa a Pietro, che fa subito trascrivere il contratto. Cinque, sei mesi, un anno da ciò, la inscrizione di uffizio non è fatta ancora, e Giuseppe che ha mutuato a Pietro mio acquirente, prende una iscrizione pel suo credito. Certamente in questo caso il conservatore sarà risponsabile e passibile di danni-interessi, nella misura in cui l'esercizio del mio privilegio pregiudicherà Giuseppe. Invano eccepirebbe il silenzio della legge; direbbe inutilmente che non essendo stato fissato alcun termine per la inscrizione di uffizio, egli aveva ogni latitudine per farlo; la ragione stessa delle cose lo avverte sufficientemente che la inserzione ha dovuto seguire immediatamente la trascrizione, ed esser fatta subito dopo che il contratto di vendita è stato trascritto (5).

274. Vi è stata molto maggiore difficoltà sul punto di sapere se la iscrizione è sottoposta alla regola della rinnovazione decen-

(1) Lettere dei ministri della giustizia e delle Finanze del 30 aprile e 7 maggio 1814.

(2) Ved. Delvincourt (t. III, p. 285, note), Persil (art. 2108 numeri 13 e 14), Dalloz (*loc. cit.*, n° 12). Ved. pure Digione, 16 luglio 1830.

(3) Ved. Favard (v° Priv., sez. 4, n° 5), Persil (*loc. cit.*, n° 21, e *Quest.*, cap. 6 §§ 5 e 6).

(4) Ved. Rennes, 23 luglio 1825.

(5) Ved. Persil (art. 2108, n° 19), Dalloz (*loc. cit.*, n° 14), Troplong (n° 286).

nale fermata nell'art. 2154 e se la conservazione del privilegio è subordinata alla rinnovazione della iscrizione. In questo punto troviamo taluni arresti assoluti, da cui risulta non solo che la iscrizione debba essere rinnovata, ma ancora che il privilegio è estinto, nel manco di rinnovazione (1). Ma la dottrina e la giurisprudenza dominanti sono stato meno assolute:epperò, fondandosi sui termini di un avviso del Consiglio di Stato del 22 gennaio 1808 ed anche su quelli del nostro articolo 2108 erasi detto che la iscrizione di uffizio debb' essere rinnovata nei dieci anni, se non per le cure del conservatore, almeno a diligenza del venditore stesso; erasi aggiunto che la rinnovazione è necessaria, quando anche il conservatore avesse trascurato di prendere originariamente iscrizione, e quandanco il privilegio del venditore non fosse stato conservato che con la trascrizione, atteso che la trascrizione *non vale come iscrizione*, giusta l' art. 2108, ed essa varrebbe doppiù, se il beneficio che procura non fosse stato sottoposto alla prescrizione di dieci anni. Ma ciò posto, erasi ammesso che il privilegio non era estinto con la prescrizione e che il venditore poteva, finchè l' immobile non era uscito dalle mani dell'acquirente, e in caso di rivendita da parte di costui, nei quindici giorni dalla trascrizione (Cod. di pr. art. 834), prendere una novella iscrizione che conservasse il suo privilegio alla data della vendita (2).

Dopo quanto abbiam detto sul privilegio del venditore, si comprenderà che noi non ammettiamo nè l'una nè l'altra soluzione. Esse erano la conseguenza più o meno esagerata, o anche un' applicazione del sistema che, mantenendo l'art. 2108 non ostante la soppressione della trascrizione traslativa, esigeva una iscrizione perchè il venditore conservasse il suo privilegio, salvo il dritto che aveva di prenderla, finchè la proprietà non era purgata, vale a dire fino alla alienazione per parte dell'acquirente, ed anche, sotto l' impero dell'art. 834, Cod. pr., dopo l'alienazione nei quindici giorni dalla trascrizione. Abbiam dimostrato quanto fosse oggidì poco fondata siffatta dottrina al n. 263, e non vi ritorniamo; aggiungeremo soltanto, sotto il punto di vista di questa particolare applicazione, essere essa in opposizione manifesta con la discussione che ha preceduto la votazione diffinitiva dell' art. 2108 Cod. Nap., e che ora specialmente debbe tanto più essere respinta, in quanto che dopo l' abrogazione dello art. 834. Cod. pr. con la legge del 23 marzo 1855 la trascrizione sospende il corso delle inscrizioni, salvo pel venditore i 45 giorni di dilazione a contare dal suo proprio contratto.

La trascrizione da sè sola e senza il soccorso di alcuna iscrizione conserva al venditore, creditore di tutto o parte del suo prezzo, il suo dritto di preferenza a fronte dei creditori iscritti dal canto dell'acquirente. Ciò risulta ad evidenza dalla discussione alla quale facevamo allusione, e nè l'avviso del Consiglio di Stato del 22 genn. 1808, nè i termini del nostro articolo vengono a contradirlo. Evidentemente è prendere abbaglio sulle parole il soffermarsi alla menzione dell' art. 2108 che *la trascrizione vale iscrizione*, per conchiuderne che la trascrizione è sottoposta alla regola della rinnovazione, senza di che varrebbe più della iscrizione. La legge si limita a paragonare due formalità sotto il punto di vista dell'effetto comune che producono, ma lascia a ciascuna di esse l'indole che le è propria e non estende la regola dell'art. 2154 prescrivente la rinnovazione alla trascrizione di cui questo articolo non fa cenno, nè doveva farne, poichè una volta fatta la trascrizione non dev'essere rinnovata.

Se tale non fosse stato il pensiero della legge, se in ispecie non avesse inteso che la trascrizione non avrebbe un effetto più esteso della iscrizione per conservare il dritto di preferenza attribuito al venditore, come comprenderebbesi che i suoi redattori avessero insistito come àn fatto per precisare che la conservazion del privilegio *sarebbe indipendente dalla iscrizione di ufficio*, che la omissione di questa iscrizione non nuocerebbe a un tal dritto ; chè la formalità è assolutamente estranea al venditore e non ha altro interesse che quello di tener completo il registro delle iscrizioni, perchè i terzi vi possano vedere lo stato della proprietà ?... Parimenti si è equivocar sui termini dell' avviso del Consiglio di Stato del 22 gennaio 1808 il farne risultare la necessità della rinnovazione per la conservazione del privilegio. L'obbietto principale di questo avviso e forse il suo unico obbietto, sul punto che qui ci occupa, è stato quello di dichiarare discaricato il conservatore, dopo dieci anni, dalla

(1) Ved. Bruxelles, 16 aprile 1825, Liegi, 29 dicembre 1825, Rig., 27 aprile 1826, Tolosa, 23 marzo 1829, Aix, 27 luglio 1846 (Dev., 46, 2, 445). — Ved. ancora cass., 29 dicembre 1851.

(2) Ved. Parigi, 24 marzo 1817, 7 dicembre 1831 ; 20 febbraio 1834, 8 marzo 1815, Rig., 23 dicem. 1815 (Dall ,44,2, 1, 46, 1, 380), Trib. della Senna 9 febbraio o 5 marzo 1851. — Ved. ancora Favard (v° Priv., sez. 4, n° 6), Persil (*Quest.*, cap. 6, § 7), Dalloz (*loc. cit.*, n. 18), Duranton (t. XIX, n. 171), Troplong (numeri 286 *bis.* e segg.).

missione che teneva dall'art. 2108 Cod. Nap.; ed ha compiuto quest'obbietto dicendo che il conservatore non sarebbe tenuto a rinnovare senza richiesta l'iscrizion di uffizio da lui presa in origine, e che questa iscrizione sarebbe rinnovata per le cure e sulla domanda del venditore, vale a dire di colui che può meglio sapere se dopo dieci anni il privilegio esiste ancora. Tutto quello che si può dunque dire dell'avviso del Consiglio di Stato si è che, per la rinnovazione, à rimesso al venditore (salva la sanzione di cui non parla) il mandato che l'art. 2108 aveva confidato al conservatore per la iscrizione di uffizio; nel che l'avviso ha seguito la tradizione dei redattori del Codice, poichè ha creato una misura di ordine e provveduto al mezzo di mantenere al completo un registro che dopo dieci anni cesserebbe di esserlo per manco di rinnovazione della iscrizione. Ma non ha fatto di questa iscrizione e del rinnovamento di essa una condizione necessaria alla conservazione del privilegio, perchè in ciò avrebbe del tutto mutata la portata della legge, il che non le apparteneva fare in modo alcuno.

Conchiudiamo adunque che il venditore, creditore privilegiato, conserva il suo dritto di preferenza a fronte dei creditori iscritti da parte dell'acquirente, mercè la sola trascrizione e senza il soccorso di alcuna iscrizione, che quindi non potrebbe esser qui quistione di rinnovazione decennale, e che una volta trascritto il contratto di vendita, il privilegio del venditore sussiste rispetto a questi creditori e si mantiene salve le cause di estinzione enumerate nell'art. 2180 e nel novero delle quali non trovasi il manco di rinnovazione.

275. In tutto quel che precede ci siamo occupati della conservazione del privilegio del venditore sotto il punto di vista del *dritto di preferenza* soltanto; l'abbiamo detto in varie riprese. Ma indipendentemente da questo dritto di preferenza, il privilegio del venditore, come tutti gli altri privilegi sugl'immobili e sulle ipoteche, conferisce il *dritto de suite*, in forza del quale il venditore (il che la parola stessa indica) seguirà l'immobile da lui venduto in qualunque mano sia passato e potrà esigere dal possessore attuale che abbanduni l'immobile, o che gli paghi ciò che gli è dovuto, e ciò quand'anco questo attuale possessore avesse già pagato il suo prezzo a colui da cui tiene l'immobile. Nonpertanto è del *dritto de suite* come del dritto di preferenza, non può esercitarsi dal venditore che a patto di essere stato conservato. Or la conservazione di questo dritto è sottoposta a regole che le sono proprie; soltanto le variazioni della legge sono state frequenti e notevoli su questo punto. Vi è stato in pria lo stato di cose creato dal Codice Napoleone; indi è venuta la innovazione risultante dagli articoli 834 e 835 Cod. di procedura civile; da ultimo abbiamo eggidì la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, con la quale gli articoli 834 e 835, Cod. di pr. sono stati abrogati. Ma siccome questi testi ànno avuto in mira tutti i privilegi sugl'immobili e non già soltanto il privilegio del venditore, noi li spiegheremo in un appendice con cui terminiamo la presente sezione e nel comentario dell'art. 2166.

IV. — 276. *Seconda applicazione della regola: privilegio degli operai.*. Abbiam fatto conoscere le formalità all'adempimento delle quali è subordinato l'*acquisto* del privilegio stabilito dall'artic. 2103 n° 4°, a pro degli architetti, imprenditori, muratori ed altri operai sulla plusvalenza risultante dai lavori (ved. *supra*, n. 215 e segg.). L'art. 2110 ci dice ora che essi « conservano mercè la *duplice iscrizione* fatta 1° del processo verbale attestante lo stato dei luoghi, 2° del processo verbale di ricezione, il loro privilegio *alla data della iscrizione* del processo verbale. »

Qui ancora, prendendo la pubblicità come mezzo di conservare il privilegio la legge differisce sotto il rapporto della forma o del modo secondo il quale il privilegio debbe esser reso pubblico, dall'art. 2106, in cui è fermato il principio generale della pubblicità. L'art. 2110 non sostituisce la *trascrizione* all'*iscrizione*, come ha fatto pel privilegio del venditore l'art. 2108 (ved. n. 262), perchè dovendo la plusvalenza risultare da lavori successivi e da forniture che vanno ad incorporarsi all'immobile, non v'è in realtà atto traslativo a trascrivere; ma si allontana dalla forma indicata in pria all'art. 2106, in quanto che pone invece della iscrizione ordinaria di cui parla quest'ultimo articolo, una iscrizione speciale consistente nella semplice relazione, sui registri, dei processi verbali che gli operai àn dovuto far redigere per acquistare il privilegio; e poi, in quanto che esige due iscrizioni invece di una, due iscrizioni distinte e successive che fanno conoscere i due processi verbali, dal ravvicinamento dei quali si scorgerà la plusvalenza gravata dal privilegio (ved. n. 212 e segg.)

277. Del resto soltanto in ciò l'art. 2110 si allontana per eccezione dai termini in cui il principio della pubblicità è formato dall'art. 2106. In quanto al merito, il principio rimane intatto, e l'osservanza ne è essenziale; così vuole la natura delle cose. Il privilegio

di che qui trattasi partecipa di quello del venditore; gli operai mettono nel patrimonio del proprietario pel quale lavorano un novello valore al pari del venditore, è la plusvalenza da essi creata; di tal che per gli operai come pel venditore, il privilegio è la ritenzione di un dritto reale sulla cosa stessa da essi trasmessa, (ved. *supra*, n. 212). Di qui la necessità di esigere che la esistenza di questo dritto reale fosse nota all'universale, affinchè i terzi, avvertiti che la plusvalenza non dev'essere il loro pegno, non fossero esposti ed ingannarsi o ad essere ingannati.

278. La legge esige la iscrizione di due processi verbali. Con la iscrizione del primo che contesta lo stato dei luoghi, la esistenza del privilegio è annunziata ai terzi; il processo verbale di ricezione dei lavori, quando è in seguito trascritto, permette di fissare l'ammontare del credito privilegiato. Ma in quale epoca la iscrizione del primo processo verbale deve farsi? La legge nol dice, almeno esplicitamente. Non pertanto il dubbio non è possibile.

In pria la iscrizione la quale si producesse sol dopo il compimento dei lavori andrebbe in senso inverso del pensiero di protezione su cui si fonda tutto il sistema della pubblicità: essa sarebbe fallace e illusoria; fallace pei creditori già iscritti sull'immobile pria di cominciare i lavori, chè lor rivelerebbe la esistenza di un credito che, primeggiandoli sulla plusvalenza, toglierebbe al loro pegno le migliorie o gli aumenti su cui avevano nonpertanto dritto di contare (art. 2133); illusoria pei terzi che contrattassero col proprietario dopo la confezione dei lavori, chè a che cosa lor serve che il privilegio si mostri, quando hanno già trattato, quando nel manco di qualunque segno che lor abbia manifestato la esistenza di questo privilegio, han potuto credere che le ricostruzioni o le riparazioni erano pagate, e che il credito immobiliare del loro debitore era intero? Evidentemente la iscrizione fatta dopo il compimento dei lavori sarebbe tardiva; la legge non avrebbe potuto ritenerla come sufficiente, senza mentire a sè stessa, senza falsare il suo sistema, sostituendo per questo caso particolare una pubblicità mendace alla vera pubblicità che ha voluto organizzare (*ved.* n. 253).

Da un'altra banda il credito degli operai, tutto che per sua natura partecipi di quello del venditore, in quanto che ha per causa la messa di un valore novello nel patrimonio del debitore, non nasce nonpertanto istantaneamente e di un sol colpo come il credito del venditore. Pietro vende oggi la sua casa a Paolo mercè 100mila fr. pagabili tra cinque anni; la situazione è regolata ed il risultato è noto al momento stesso; Pietro è stato impiegato da Paolo a ricostruire o a riparare l'immobile di quest'ultimo, il credito di Pietro si formerà di giorno in giorno, o misura che aggiungerà il suo lavoro o le sue forniture all'immobile. Non sarebbe stato quindi possibile di esigere, pel privilegio degli operai, quella notifica contemporanea della origine stessa del credito, sistema sì avventuratamente imaginato pel privilegio del venditore (*ved. supra*, n. 256 e seg.) a meno di imporre agli operai, il che non sarebbe stato praticabile, l'obbligo di fare ogni giorno delle iscrizioni parziali e corrispondenti al valore che ciascun giorno avrebbe aumentato il montare del loro credito.

È stato dunque mestieri pensare ad altro mezzo. E quale? Una notifica *anteriore* alla origine del credito privilegiato: a tal partito si è soffermata la legge, ed in ciò presenta un'applicazione estensiva del privilegio della pubblicità qual'è formolato nell'art. 2106. Nonpertanto l'idea non è espressamente indicata nel nostro art. 2110. Ma da una banda l'art. 13 della legge del di 11 brumaio anno 7, al quale il nostro articolo è manifestamente tolto a prestito, lo esprimeva nettamente in questi termini: Il processo verbale attestante i lavori a fare debb'essere iscritto *pria del cominciamento delle riparazioni, e il privilegio non ha effetto che mercè questa iscrizione;* » e da un'altra banda evvi una relazione sì stretta tra l'art. 2103, n. 4, che consacra il privilegio e l'art. 2110 che dà il mezzo di assicurarne la conservazione che deve necessariamente supporsi aver quest'ultimo articolo richiesto una iscrizione *anteriore* alla confezione dei lavori, sol perchè il primo ha voluto come condizione necessaria dell'acquisto del privilegio che il processo verbale attestante lo stato dei luoghi fosse *redatto preventivamente* a qualunque lavoro.

279. In quanto al secondo processo verbale, quello della ricezione dei lavori, che ai termini dell'art. 2103 debb'esser fatto nei sei mesi al più dalla perfezione dei lavori, la iscrizione non ne è sottoposta ad alcun termine. Qui ancora il Codice copia l'art. 13 della legge di brumaio, il cui § 2 dice che il processo verbale « di ricezione delle opere deve essere parimenti iscritto ad effetto di determinare il maximum del credito privilegiato», senza indicare neppure alcun termine per la iscrizione. Di qui segue che la formalità, in qualunque epoca sia adempiuta, finchè l'immobile è tra le mani del debitore(1)

(1) Ved. Lione, 13 marzo 1850.

ha un effetto retroattivo alla data della iscrizione del primo processo verbale.

280. Del resto è delle iscrizioni di cui qui parliamo come delle iscrizioni ipotecarie in generale; esse ricevono l'applicazione dell'art. 448 Cod. di Comm. riprodotto e confermato dall'artic. 2146 Cod. Nap. Così la iscrizione presa dal costruttore per conservare il suo privilegio sarebbe senza effetto, se fosse fatta posteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento del debitore. E la giurisprudenza soggiunge con ragione esser così, anche quando le formalità richieste dalla legge per acquistare questo privilegio si fossero cominciate pria della sentenza dichiarativa del fallimento (1).

281. Gli operai che ànno adempito in tempo utile le formalità prescritte dalla legge conservano il loro privilegio *alla data della iscrizione del primo processo verbale.* Con queste ultime parole l'art. 2110 si rannoda all'art. 2116, di cui riproduce le stesse espressioni. Ma si è molto disputato su questo punto; si è domandato se queste parole, *alla data della iscrizione*, costituiscano eziandio nell'art. 2110, ciò che la dottrina à sì male a proposito qualificato come *vizio di redazione* nell'art. 2106 (ved. *supra* p. 166 e segg.); ovvero se debbano esser qui prese alla lettera. Gli autori sono molti divisi su tal punto e gli uni pretendono che queste espressioni debbano essere radiate dall'art. 2110 del pari che dall'art. 2106, e pel solo motivo cioè, che è contrario alla natura del privilegio di dargli il suo rango a causa della data della iscrizione; ed in questo sistema si insegna che l'operaio, in qualunque epoca iscriva il processo verbale attestante lo stato dei luoghi, fosse anco in quel momento estremo in cui la proprietà va ad essere purgata, non ne conserva meno il suo privilegio sulla plusvalenza a fronte di tutti i creditori iscritti sull'immobile (2). Altri, censurando queste espressioni dell'art. 2106, e notandole altresì come contrarie alla natura del privilegio, le trovano molto bene allogate nell'art. 2110, salva non pertanto la modifica che la regola che dà rango al privilegio dell'operaio a contare dalla data della iscrizione sarà applicabile ai rapporti dell'operaio coi creditori ipotecarii iscritti *dopo* i lavori, ma che nol sarà all'operaio che si trovasse in conflitto con crediti ipotecarii, la cui iscrizione già esisteva *prima* dei lavori (3).

Nel nostro sistema queste soluzioni, non accade dirlo, non potrebbero essere accettate. La prima è una flagrante ferita al principio della pubblicità; l'abbiamo già confutata e respingendola ancora, noi ripetiamo che nel privilegio non devesi giammai confondere la costituzione stessa del dritto col regolamento dei suoi effetti, e che se il dritto stesso ricevè dalla causa del credito la sua indole privilegiata, ciò non fa che l'effetto non ne possa essere subordinato, nell'interesse dei terzi, a condizioni determinate (*supra*, p. 161).

Per la seconda soluzione, la base in pria non ne è mica solida. Coloro che la propongono sentono che ànno a giustificare di tener per buone nell'art. 2110 le espressioni stesse che censurano con grande energia nell'art. 2106, e dicono che nel caso dell'articolo 2106, il quale parla dei privilegi in generale, i creditori potendo convincersi *mercè la ispezione dei titoli* della esistenza del credito privilegiato, è fuori proposito e contro la natura stessa del dritto di dichiararli soggetti alla regola *prior tempore, potior jure*, mentre non potendo i titoli nulla rivelare in quanto concerne il privilegio degli operai, era giusto di esigere una iscrizione che lo facesse conoscere o di non dargli rango che alla data di questa iscrizione. Ma essi non si avveggono che la comunicazione dei titoli, usitata prima della legge dell'anno 7° e riguardata sino allora come sufficiente per la sicurezza di un creditore posteriore, non è stata più considerata come tale in seguito, o che tanto i redattori della legge di brumaio, quanto i redattori del Codice Napoleone, lasciando sempre la facoltà di domandar comunicazione dei titoli di proprietà, ân voluto specialmente una notifica pubblica, la trascrizione o la inscrizione, che rivelasse a tutti la esistenza del privilegio o della ipoteca, e che proteggesse i terzi contro il pericolo delle sorprese; che il registro delle trascrizioni o quello delle inscrizioni è oggidì la salvaguardia dei terzi; che in niun caso la comunicazione dei titoli vi supplisce, e che non è possibile fondarsi su di ciò per approvare nell'art. 2110 ciò che si biasima nell'art. 2106.

In secondo luogo ed in merito quale cosa più esatta della distinzione stabilita, sotto il punto di vista della preferenza, tra' creditori iscritti pria e i creditori iscritti dopo i lavori? Costoro, dicesi, ân dovuto contare

(1) Ved. Rouen, 12 giugno 1811, Limoges, 1 marzo 1847 (Dall., 47, 2, 147).

(2) Ved. Tarrible (*Rep.*, v° Priv., sez. 5, n 8), Grenier (t. II, n. 416), Favard (v° Priv., sez. 4, n. 9).

(3) Ved. Delvincourt (t. III, p. 288 note), Persil (ar. 2110, n. 3, e *Quest.*, cap. 6, § 9), Dalloz (*loc. cit.*, n. 3), Troplong (n. 322).

sulla plusvalenza risultante dai lavori, e non già gli altri! Che vuol dir ciò? Forse che i creditori iscritti pria dei lavori non avrebbero il benefizio dell'art. 2123, Cod Napoleone, giosta il qualo l'ipoteca acquistata si estende a tutte le migliorie sopraggiunte all'immobile ipotecato? Epperò in dritto la distinzione è condannata dalla legge (1); ma in fatto si condanna da sè stessa mercè i risultati ai quali conduce. Esempio · Pietro presta a Paolo nel 1840 10mila fr., ed ha preso iscrizione immediatamente sodi un immobile che ne valeva 20mila; in seguito nel 1841, Giuseppe, appaltatore, fa delle costruzioni che procurano all'immobile una plusvalenza di 5000 fr.; più tardi ancora, nel 1842, Luigi ha prestato 15mila fr. a Paolo ed ha preso iscrizione. Indi nel 1843 soltanto Giuseppe, l'appaltatore, fa inscrivere il processo verbale constatante lo stato dei luoghi e quello di ricezione dei lavori. In questo stato, l'immobile è venduto e produce 25mila fr. Come si farà la collocazione? Sembra che dovrebbesi seguire l'ordine delle iscrizioni e collocare prima Pietro per 10mila fr., indi Luigi per 15mila e da ultimo Giuseppe per 5mila. Ma niente di tutto ciò! Nel sistema in disamina, Giuseppe che è il terzo in data verrebbe *primo* di Pietro, *che è il primo*, e nel tempo stesso non potrebbe venire che *dopo* Luigi *che è il secondo*. Può esservi alcun che di più strano! E come mai la teoria nella quale può ciò prodursi renderebbe il pensiero della legge!

No; la legge è tutt'altra; ciò ch'essa vuole, ripetiamolo, è una pubblicità vera e seria. In questo pensiero, ha detto nell'art. 2106 che tra'creditori i privilegi non ànno effetto rispetto agl'immobili che *a contare dalla data della iscrizione*. E ciò che essa à detto in tesi generale nell'art. 2106, lo ripete nello stesso senso all'art. 2110 per un caso particolare, pel privilegio degli operai. In ciò ancora essa s'ispira alla legge di brumaio di cui adotta i principii; e parimenti per non aver rannodato il Codice a questa legge, la interpetrazione si è smarrita.

In diffinitiva, nulla di più semplice del sistema del Codice spiegato mercè lo spirito di esso e coi precedenti dai quali deriva. Possono presentarsi due ipotesi: o l'operaio ha fatto iscrivere il primo processo verbale pria del cominciamento dei lavori, ed allora ha soddisfatto al voto della legge, il che gli dà il suo pegno speciale, la plusvaleoza, in preferenza, ad esclusione di tutti gli altri crediti ipotecarii del suo debitore, senza riserva, nè distinzione; o non ha adempiuto la formalità che dopo il compimento dei lavori ed allora ha sconosciuto la volontà del legislatore, ed il suo credito cessa di essere privilegiato per divenire ipotecario e non aver rango che alla data della iscrizione, per applicazione dell'art. 2113 (2).

282. In tutto ciò abbiam sopposto che l'immobile è rimasto nelle mani del proprietario pel quale le costruzioni o le riparazioni sono state fatte. Che cosa avverrebbe, se l'immobile fosse alienato, vuoi nel corso dei lavori, vuoi dopo? (Ved. al n. 315).

V.—283. *Terza applicazione dello regola: Privilegiò dei mutuanti di donoro.* — La legge riconosce e consacra, in favore di coloro che àn prestato danari, vuoi per l'acquisto di un immobile, vuoi per pagare o rimborsare operai, un privilegio che, per effetto della surrogazione sulla quale è fondato, si confonde col privilegio del venditore o degli operai. Ci siamo già spiegati sull'acquisto di un tal privilegio (ved. n. 221). Gli art. 2108 e 2110 àn provveduto alla conservazione di esso con mezzi proprii a ciascuna delle due ipotesi, e di coi parleremo distintamente.

284. L'art. 2108 ci dice che la trascrizione del contratto di vendita vale iscrizione non solo pel venditore, ma anche pel mutuante che gli avrà fornito i danari pagati, e che sarà surrogato ai dritti del venditore con lo stesso contratto. Su di che, rapportandoci alle nostre precedenti osservazioni faremo notare da una banda che, se la surrogazione era contenuta in un atto di vendita sotto privata scrittura, il quale può non ostante la sua forma essere trascritto (ved. n. 266), la trascrizione non potrebbesi invocare dal mutuante come quella che conserva il suo privilegio, chè in tal caso non sarebbevi neppure acquisto del privilegio, poichè ai termini dell'art. 2103, con coi il nostro articolo debbe essere combinato, il mutuo, la destinazione e l'impiego debbono essere constatati *con atto autentico*; (ved. i numeri 222 e 229); da un'altra banda il nostro articolo, parlando di una surrogazione ai dritti del venditore *con lo stesso contratto*, non intende dire che la trascrizione fatta dall'acquirente non reca profitto al mutuante se non in quanto sia stato surrogato al venditore con l'atto di vendita: potendo la surrogazione e la origine del privilegio risultare da atti distinti e succes-

(1) Req. 17 luglio 1848 (Dev., 48, 1, 470; J. P., 1848, t. II, p. 683).
(2) Ved. in questo senso Valette (loc. cit., p. 51 e seg.), Mourlon (loc. cit., n. 245, 246, 253, 254, 261 264, 265, 273), Hureaux (loc. cit., n. 26 e seg.).

atti constatanti il mutuo e l' impiego (ved. n. 228), gli è aperto che la trascrizione di tutti questi atti in tal caso, vantaggerà al mutuante, in vista della conservazione del privilegio, del pari che se il suo dritto risultasse da un solo atto attestante ad un tempo il mutuo, la destinazione e l'impiego.

285. Del resto il mutuante di danari ha egli stesso il dritto di richiedere la trascrizione. La legge dice che per lui quella fatta dall' acquirente vale iscrizione, perchè suppone che l' acquirente sarà spinto dal suo stesso interesse ad occuparsi senza ritardo dell' adempimento della formalità. Ma essa non ha inteso ricusare al mutuante il dritto di agire egli stesso, nel caso in cui l'acquirente vi ponesse della negligenza, ed in fatti esprime nella dispsoizione finale dell'articolo 2108, che i mutuanti potranno altresì far fare, se non lo sia stato, la trascrizione del contratto di vendita, ad effetto di acquistare l' inscrizione di quanto è lor dovuto sul prezzo di vendita.

286. Evvi quistione a sapere se i creditori delegati dal venditore si trovino sotto il rapporto che ci occupa nella stessa condizione dei mutuanti di danari. A tal riguardo debbonsi fare talune distinzioni.

È senza difficoltà che, se la delegazione non è stata accettata, il creditore a pro del quale è stata fatta, è senza alcun titolo per far trascrivere il contratto onde assicurarsi un privilegio sull'acquirente. In questa situazione evvi una semplice indicazione di pagamento, la quale non costituisce un titolo di credito; di tal che non v' è, nè può esservi privilegio a conservare. La giurisprudenza è costante in questo senso (1). Per identità di ragione, questi creditori non possono prevalersi della iscrizione che si fosse presa pel venditore, o della trascrizione del contratto per esercitare un dritto di preferenza rispetto agli altri creditori del venditore. Ciò è stato anche ammesso dalla giurisprudenza (2).

Ma se la delegazione è accettata, sorge un dubbio dal ravvicinamento che si può fare tra il testo dell' art. 29 della legge di brumaio e quello dell' art. 2108, Cod. Nap. Così, l' art. 29 della legge di brumaio estendeva espressamente gli effetti della trascrizione a tutti gli *aventi causa* dal venditore, mentre che l' art. 2108 del Codice parla soltanto dei *mutuanti di danari*. Donde si può conchiudere che quest' ultimo articolo ha disposto in un pensiero restrittivo (3). Ma è uopo dire che l' accettazione ha fatto della delegazione una vera cession di credito. Or il cessionario rappresenta il cedente; dunque ne ha tutti i dritti. E l' applicazione letterale dell' art. 2112. (*Ved. supra*, n. 236 e segg.).

287. In quanto a coloro che han mutuato, per pagare o rimborsare gli appaltatori ed operai impiegati a edificare, ricostruire, o riparare edificii, canali o altre opere, danari il cui impiego è constatato, conservano il loro privilegio coi mezzi stessi che la legge accorda agli appaltatori ed operai per conservare il loro, vale a dire; mercè la duplice iscrizione: 1.° del processo verbale attestante lo stato dei luoghi; 2.° del processo verbale di ricezione dei lavori. È disposizione formale dell' art. 2110; ben inteso, la iscrizione del primo processo verbale debbesi fare prima del cominciamento dei lavori; la condizione non ne è men necessaria pei mutuanti di danari ad effetto di conservare il privilegio che per gli operai stessi. Ma ciò basta; non v' è luogo a trascrivere, indipendentemente dai processi verbali, l' atto autentico attestante lo impiego dei danari. La pubblicità dei processi verbali rivela l' esistenza del privilegio gravante l' immobile. Che è mestieri di più o quale interesse hanno i terzi a sapere, se il privilegio esiste a pro degli operai stessi, o se per effetto di una surrogazione esiste a pro dei mutuanti, i cui danari serviranno a pagare questi operai (4)?...

VI.— 288. *Prima eccezione alla regola: Privilegi generali.*— Qui trattasi dei crediti enumerati all' art. 2101 (*ved. supra*, n. 241 e segg.), vale a dire le spese giudiziario, le spese funerarie, le spese quali che sieno dell' ultima malattia, i salarii delle persone di servizio e le forniture di sussistenze. Questi crediti traggono la loro fonte dalle abitudini comuni, e appunto perciò devesene supporre la esistenza nel manco di un segno qualunque che la riveli. Da altra banda essi sono, almeno per l' ordinario, di minima importanza, e divengono anche insignificanti per dir così nella porzione che può affettarne gl' immobili, poichè il loro pegno principale è nella generalità del mobiliare del debitore,

(1) Ved. Cass., 21 febbraio 1810; Metz 24 novembre 1820, Aix, 27 luglio 1846 (Dev. 46, 2, 443).— Ved. ancora Grenier (t. II, n° 388 e la nota), Toullier (t. VII, n° 289), Dalloz (loc. cit., n° 10), Duvergier (t. II, n° 211) Troplong (n° 368).

(2) Rig., 15 frimaio anno 12, 22 aprile 1807, Req., 29 aprile 1845 (Dev., 45, 1, 535), Caen, 12 febbraio 1812, Limoges, 26 giugno 1820.

(3) Ved. in questo senso Merlin (Rep. v. Surrog. di persona, sez. 2, § 8, n. 10), Persil, (art. 2108, n° 17).

(4) Ved. Tarrible (loc. cit.), Dalloz (loc. cit., art. 3, n° 2), Troplong (n° 319).

e gravando gl' immobili sussidiarismente, non vengono che per la parte che rimane dopo la escussione del mobiliare (*ved.* i n. 214 e 215). Queste circostanze erano state prese in considerazione dai redattori della legge di brumaio che avevano derogato in favore di questi crediti al principio della pubblicità (art. 11). Il Codice dispone parimenti con l'art. 2107 dichiarando « *eccettuati della formalità della iscrizione* i crediti enumerati nell'art. 2101. » È la prima delle eccezioni annunziate dall'art. 2106 al principio della pubblicità fermata in questo stesso articolo: l'eccezione è completa; i crediti di che trattasi restano privilegiati, tutto che non iscritti e precedono, nella graduazione aperta sul prezzo dell' immobile, gli altri creditori anche ipotecarii del debitore. Si è sostenuto non pertanto che essendo aperta una graduazione, i creditori dell'art. 2101 non possono presentarvisi che sol quando avessero preso iscrizione prima (1). È un errore evidente. Dacchè il dritto di preferenza è solo in quistione, ed è questo il dritto di cui si disputa in una graduazione, i creditori dell' articolo 2101 non han d' uopo di iscrizione; chè questo dritto di preferenza esiste per essi indipendentemente da ogni iscrizione; l'articolo 2107 lo dice in termini formali, e sarebbe non solo alterarne la disposizione, ma cangiarla totalmente il sottoporre l'esercizio del privilegio, almeno quando si limita a revindicare il suo dritto di preferenza, ad una condizione di pubblicità che la legge non ha posta, poichè essa ha fatto appunto una disposizione eccezionale per affrancarnela.

La legge del 23 marzo ha modificato sotto tale rapporto lo stato di cose creato dal Codice Nap.? Da un'altra banda i creditori dell'art. 2101, dispensati dalla inscrizione sotto il punto di vista di preferenza, ne sono parimenti dispensati sotto il punto di vista del dritto *de suite*? (Ved. per queste quistioni *infra* n. 313 e al comentario dell' articolo 2166).

VII. — 289. *Seconda eccezione: Privilegio dei coeredi e dei condividenti.* — Questa eccezione, che non ha precedenti nella legge di brumaio, la quale non aveva riconosciuto il privilegio del coerede (*ved. supra, n.* 199) già ci è nota; essa è stata più sopra indicata, e noi ne abbiamo giustificato la necessità (*ved.* n. 254). Essa è, come abbiam detto, non già come la precedente la soppressione totale della regola della pubblicità, ma una derogazione alla regola giusta la quale la pubblicità che assicura al privilegio il suo dritto di preferenza devesi produrre al tempo stesso in cui il credito privilegiato prende origine. Qui la iscrizione che rivela il privilegio potrà farsi *dopo* che il privilegio è nato, senza che il dritto di preferenza inerente al credito ne sia compromesso, chè la iscrizione avrà un effetto retroattivo, il quale la farà cimontare alla data stessa della licitazione e della divisione nella quale il privilegio ha preso origine. La eccezione consiste appunto in ciò; il che, ben è uopo convenirne, fa breccia al principio della pubblicità. Ma lo abbiamo già detto, evvi nella posizione del creditore privilegiato, una necessità imperiosa alla quale la legge non poteva mancare di soddisfare senza essere ingiusta. E da una altra banda la dilazione accordata al privilegio per prodursi, purchè non fosse di troppo lunga durata, non presentava in realtà un serio pericolo pei terzi. Una divisione, un' aggiudicazione per licitazione, ha detto a questo proposito la Corte di Aix, con perfetta aggiustatezza, sono dei fatti generalmente notorii. Un creditore il quale pria di mutuare il suo danaro con ipoteca, s' informa della posizione del suo debitore, non può ignorarli, e quindi è avvertito della possibilità di un privilegio anche nel manco di qualunque iscrizione attuale; ciò basta perchè stia in guardia e non si lasci ingannare dallo stato apparente delle cose. Come non saprebbe che colui il quale gli domanda un prestito, ha di recente diviso o licitati gli immobili della successione; che in conseguenza vi sono dei possibili pareggiamenti di quote, e quindi dei privilegi che possono sorgere, delle iscrizioni che possono immantinenti apparire, ed il cui effetto risale sino alla divisione o alla licitazione? La notorietà, la pubblicità dei fatti ai quali si rannodano queste iscrizioni e questi privilegi bastano per mettere il credito al coverto da qualunque sorpresa, non ostante l' effetto retroattivo che la legge rannoda a queste iscrizioni (2).

Giustificata così la eccezione, diamo principio al comentario dell'art. 2109 che la consacra.

290. Le cause enunciate in questo articolo e per la conservazione delle quali il coerede o condividente deve prendere iscrizione sono i pareggiamenti di quote e il prezzo della licitazione. Ma evvi inoltre la *garentia delle divisioni* la quale, ai termini dell'art. 2103 e un'altra causa di privilegio (*ved. supra*, n. 202

(1) Ved. Grenier (t. II, n° 457).
(2) Osservazioni sul progetto di regime ipotecario (Documenti del 1841, t. III, p. 96).

e segg.), e di cui l'art. 2109 non fa cenno. Taluni arresti ne han conchiuso che la ipotesi non rientra nelle previsioni dell'articolo, che quindi il condividente, tutto che non abbia preso iscrizione se non luogo tempo dopo lo spirar del termine fissato dalla legge, debbe essere collocato in preferenza ai creditori anteriormente iscritti dell'altro condividente (1). Si assimilava così il coerede o il condividente evitto al venditore, e in conseguenza gli si accordava il benefizio della inesatta dottrina ch' erasi formata sulla interpetrazione dell' art. 2108. Noi non riveniamo, ben inteso, su questa dottrina già da noi confutata ai n. 256 e segg. Ci basterà il dire che, sebbene la finzione della divisione dichiarativa stabilita dal dritto francese qui riceve una ferita dalla concessione stessa del privilegio, e che in ciò la legge ci riconduce alquanto verso le idee del dritto romano; (*supra*, n. 199), nonpertanto evvi una ragione decisiva nel caso particolare per non ricorrere all'art. 2108, ed è che questo articolo tace come il 2109 sulla iscrizione del privilegio per *garentia delle divisioni*, e che quindi nel dubbio quest'ultimo articolo avrebbe dovuto prevalere, poichè giusta la espressione del Troplong (2) è il dritto comune in materia di divisione. Epperò l'assimilazione di cho parliamo è stata generalmente respinta; si è riconosciuto che la omissione commessa nello art. 2109 non mena a conseguenze, che questo articolo e il 2103, n. 3 non debbono giammai separarsi, in quanto che l'un con l'altro si completano. La Corte di cassazione si è pronunziata in questo senso (3), e pria della legge del 23 marzo 1855 tale era anche la opinione della maggioranza degli autori, i quali appunto a causa della esorbitante latitudine che avevano dato al venditore per la conservazione del suo privilegio, pensavano che l'art. 2108 doveva piuttosto esser ristretto che esteso (4). Oggidì e per effetto di questa legge, la soluzione è di una palpabile evidenza, poichè il privilegio del venditore non può conservarsi che con la *trascrizione* (*supra*, n. 263) e che le divisioni non figurano fra gli atti, i quali, giusta questa legge, debbono essere trascritti. — Il privilegio del condividente o del coerede per la garentia della divisione dovrà dunque, per conservare la sua indole e non degenerare in ipoteca, essere iscritto nel termine determinato; e siccome qui trattasi di un credito eventuale o condizionale, la iscrizione dovrà farsi nel modo indicato al n. 4 dell'art. 2148.

291. L'art. 2109 parla in modo generale dell' atto di divisione o dell' aggiudicazione per licitazione, e con ciò indica gli atti che ha in vista come suscettibili di dare origine al privilegio del coerede o del condividente di cui regola la conservazione. È uopo però stare accorti: la legge dice troppo ad un tempo e non dice abbastanza.

Da una banda in quanto alla licitazione essa non ha la natura di divisione, come è noto, che sol quando l'immobile è aggiudicato ad uno dei condividenti o dei coeredi (5). In questo caso soltanto il privilegio sarà un privilegio di divisione. Che se l'immobile è stato aggiudicato ad un estraneo, la licitazione è una vera vendita e i coeredi o condividenti sono creditori di un prezzo. Le conseguenze si dedneono da sè stesse. Nel primo caso si seguirà la disposizione eccezionale dell' art. 2109, e la iscrizione fatta nel termine determinato produrrà il suo effetto retroattivo; ciò non può formare oggetto di difficoltà. Nel secondo caso, i creditori del prezzo di aggiudicazione più non sono nella eccezione, rientrano nella regola e debbono conformarsi all' art. 2108 Cod. Nap. Se ne conchiudeva nel sistema che aveva prevaluto su questo articolo che non solo i creditori non erano tenuti a far inscrivere il loro privilegio nel termine fissato dall' articolo 2109, ma ancora cho non avevano neppur bisogno di prendere iscrizione, che lor bastava di far inscrivere il loro titolo al momento in cui lo stimavano conveniente, salvo al conservatore delle ipoteche a prendere la iscrizione di uffizio. Oggidì che la legge sulla trascrizione ha reso all' art. 2108 il suo significato preciso, devesi conchiudere tutt'altrimenti; cioè che, venditori e non altro nella specie, i coeredi o condividenti non hanno il beneficio di un termine, che il loro privilegio non esiste, non ha data e rango che con la trascrizione la quale rende pubblici ad un tempo e nel punto stesso la trascrizione della proprietà e la origine del privilegio.

Da un'altra banda in quanto all'atto di divisione è uopo intender ciò non solo di quella convenzione che interviene tra persone in co-

(1) Ved. Légl., 9 marzo 1818. Pau, 29 aprile 1851 (Dall., 51, 2, 144; Dev., 52, 2, 343). — Ved. ancora Delvincourt (t. II, p. 153, nota).
(2) Troplong (n° 291).
(3) Ved. Cass., 12 giugno 1853 (Dall., 53, 1, 334).
(4) Ved. Grenier (t. II, n. 403), Persil (art. 2109, n° 3), Dalloz (loc. cit., art. 2, n° 2), Duranton (t. XIX, n° 181 e segg.), Taulier (t. VII, p. 209), Troplong (loc. cit.).
(5) Ved. nonpertanto Nimes, 3 marzo 1855 (Dall., 55, 2, 163).

monione le quali si riuniscono nella mira di divider tra loro la cosa che possedevano sin allora in comune e di prenderne ciascuno la sua parte, ma di qualunque atto che fa cessare la indivisione. A tal riguardo si è agitata sulla cessione dei dritti successorii e sull' indole di essa una quistione che ha il suo interesse prima come dopo la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione. Su questo punto la giurisprudenza è lungi dall'essere di accordo. Taluni arresti decidono in modo assoluto che la cessione di dritti successorii fatta da un coerede al suo coerede costituisce una vendita e non una divisione, ancorchè faccia cessare totalmente la indivisione ed in conseguenza che una tale cessione conferisce al coerede cedente il privilegio di venditore e l'azione risolutoria (1). Altri arresti meno assoluti temperano questa soluzione conferendo alle parti il dritto di assegnare a lor talento all' atto la natura di divisione o quella di vendita, almeno sotto il punto di vista del privilegio, di tal che la cessione di dritti successorii non sarà essenzialmente nè una vendita, nè una divisione, ma l'uno o l'altro, secondo che risulterà, vuoi dai termini dell'atto, vuoi dall'esecuzione che avrà ricevuta (2). Altri in fine ed in più gran numero decidono che la convenzione costituisce essenzialmente un atto di divisione, non solo in quanto alla esistenza dell' azione in rescissione, ma ancora in quanto concerne i privilegi o le ipoteche inerenti alla divisione, e per conseguenza che il coerede cedente ha il privilegio di condividente, il quale non è conservato che mercè la iscrizione presa nel termine dell' art. 2109 (3). A parer nostro questa ultima soluzione è sola di accordo col principio fermato nell'art. 888 Cod. Nap., il quale sottoponendo all' azione in reacissione *qualunque atto che ha per oggetto di far cessare l' indivisione* tra coeredi, tutto che sia qualificato vendita, permuta, transazione o in tutt'altro modo, riconosce evidentemente la natura di divisione alla cessione di dritti successorii che fa cessare la indivisione. Il cedente avrà dunque il privilegio di coerede o di condividente, ed avrà per renderlo pubblico con la iscrizione il termine eccezionalmente accordato con l' art.2109. Ma uniformandoci all' avviso consacrato dalla giurisprudenza che sin qui tendeva a prevalere, non possiamo ristarci dal far notare che quest' avviso trovasi aver oggidì un' indole del tutto opposta a quella che presentava negli arresti che lo consacrano. E di fermo questi arresti erano rigorosi pel creditore, poichè negandogli la qualità di venditore, gli rifiutavano il benefizio di questa interpetrazione, al favor della quale il venditore potevasi iscrivere quando voleva, purchè non giungesse a quel punto estremo in cui la proprietà è purgata. Oggidì la soluzione è favorevole, per lo contrario, chè il condividente ha per la conservazione del suo dritto di preferenza, un termine che non è accordato al venditore, il cui privilegio prende rango alla data della trascrizione, la quale rendendo pubblica la trasmissione della proprietà, dà origine al credito privilegiato.

292. La inscrizione debbesi prendere *a diligenza* del condividente o del coerede costituito creditore dalla divisione; è la disposizione formale dell'art. 2109. Questa disposizione è stata gravemente sconosciuta, a parer nostro, in una recente congiuntura, dalla Corte di Parigi, in un arresto la cui parte dottrinale per altro è stata condannata dalla Corte di cassazione. Trattavasi di sapere se, quando la iscrizione debbesi prendere a diligenza della parte stessa, il notaio può, tranne mandato speciale, esser tenuto, sotto la sua responsabilità personale a fare la iscrizione. La Corte di Parigi si è pronunziata per l'affermativa con arresto del 13 giugno 1854; essa ha giudicato in dritto « che il dovere del notaio non consiste solo ad adempiere alle formalità prescritte dalle leggi per la regolarità degli atti che riceve; che deve ancora vegliare all' adempimento delle condizioni necessarie per conservare i diritti delle parti, e che il suo obbligo è tanto più stretto,in quanto che la ignoranza delle forme e la inesperienza degli affari possono avere pei clienti che si affidano ai suoi lumi spiacevoli conseguenze ». In verità la Corte, quasi che avesse essa stessa dubitato della solidità di questa teoria del *mandato legale*, che è infatti più che difficile stabilire in dritto, si rannodava ai fatti della causa e li comentava in modo da dedurne la esistenza di un mandato speciale cui il notaio aveva ricevuto nella specie, e al quale aveva contravvenuto non richiedendo la iscrizione nel termine voluto. Ma se si mette da banda quest'ultima valutazione (buona per l'arresto, in quanto che l'ha salvato dalla cassazione,che senza di ciò sarebbe stata infallibilmente pro-

(1) Ved. Grenoble, 4 gennaio 1853 (Dalloz, 53, 2, 356). — Ved. anco a Tolosa, 14 dicembre 1850 (J. P., 1851, t. I, p. 415).

(2) Ved. Req., 25 giugno 1848 (J. P., 1848, t. 1, p. 211), Tolosa, 2 gennaio 1847 (Dalloz, 47, 2, 103).

(3) Req., 5 novembre 1822; Bourges, 27 gennaio 1841; Montpellier, 21 dicembre 1844 e 27 gennaio 1851 (Dalloz, 45, 2, 130, 131; 55, 2, 113; Dev., 43, 2, 426 e 387).

nunziata) (1), per soffermarsi alla prima, si riconosce che quest' ultima non può giustificarsi.

Senza parlare della teoria del mandato legale, sulla quale non dobbiamo qui spiegarci, uscendo essa dal nostro subbietto (2), rammentiamo la disposizione del nostro articolo 2109 che la iscrizione è fatta *a diligenza del coerede* o *del condividente*. Ciò posto, gli è aperto, che la parte debbe agire per sè stessa o mercè un terzo al quale dà mandato, nei termini degli art. **2134** e **2148**. E dichiararsi responsabile un notaio per la sola considerazione del *mandato legale*, e perchè dopo aver proceduto ad un'aggiudicazione per licitazione tra' coeredi, non ha preso la iscrizione del privilegio, dichiararlo responsabile di che questa iscrizione, la quale doveva esser fatta a diligenza della parte, non si è da lei presa, o lo è stato tardivamente, si è far violenza alla legge, mutarne i termini, o aggiungervi.

293. Il termine giusta l' art. 2109 è di sessanta giorni a datare dall' atto di divisione o dall' aggiudicazione per licitazione. Vedremo più oltre (n. 318) che secondo la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, il condividente o coerede mancherebbe di prudenza, se lasciasse trascorrere il quarantacinquesimo giorno senza richiedere la iscrizione. Prendiamo in quanto al presente il testo dell' art. 2109 ed aggiungiamo che il 60° giorno è l' ultimo utile, poichè la iscrizione debbesi fare *nei sessanta giorni*, ed in oltre che a causa di questi termini della legge, si potrebbe sostenere che il giorno in cui ha avuto luogo l' atto di divisione o la licitazione è anche compreso nel termine (3).

294. Ma quale è l'atto di cui la legge intende parlare come fissante il punto di partenza del termine? È uopo distinguere.

La divisione se è fatta con atto sotto privata scrittura, il punto di partenza sarà nell' atto stesso e non già alla data del registro.

Trattasi di una divisione di ascendenti, il punto di partenza varierà, secondo che l'atto sarà stato fatto tra vivi o nella forma testamentaria. Nel primo caso, l' accettazione darà corso al termine; nel secondo caso la data della morte dell' ascendente donante. Tale è l' avviso unanime degli autori. La Corte di Mompellieri ha proposto nonpertanto nelle sue osservazioni sui progetti di riforma ipotecaria, di fissare il punto di partenza in questo ultimo caso al giorno della esecuzione da parte del coerede creditore del pareggiamento della disposizione contenente divisione. Ed è uopo convenire che la soluzione non è senza qualche fondamento, in quanto che l'obbligo di iscrivere sembrerebbe non dover esistere che al momento in cui diviene certo che il testamento operante divisione resterà la legge delle parti ed avrà la sua esecuzione.

Infine trattasi di una divisione? Si sono elevati taluni dubbi. Nel caso di minoretà o di interdizione di taluno dei coeredi, sembra unanimamente ammesso che il termine per prendere iscrizione decorre soltanto dal giorno in cui il magistrato pronunzia l' omologazione dello stato liquidativo, e così dev'essere, poichè la omologazione è indispensabile per imprimere alle operazioni del notaio liquidatore la natura di una divisione diffinitiva. — Sembra che dovrebbe essere lo stesso nel caso in cui essendo maggiori tutte le parti, e padrone dei loro dritti, esse sono ricondotte innanzi al giudice in seguito di contestazioni surte sul processo verbale di liquidazione. Ne troviamo la ragione decisiva nelle osservazioni dei membri delegati dal notariato sul piano di riforma discusso nel 1850 nell'Assemblea legislativa. Sino alla omologazione, dicevano essi, la divisione non è che un progetto. Se si prende iscrizione per un credito che è annullato dalla sentenza si è non solo fare inutili spese, ma ancora obbligare i coeredi ad una lite per avere la radiazione di questa iscrizione provvisoria. Dippiù il coerede gravato ignorerà sempre l'esistenza della iscrizione; ometterà di domandarne la radiazione con la sentenza di omologazione; di quì una seconda lite, di quì ancora ostacoli ed inceppamento alla libera disposizione dei beni durante i termini di procedura e di appello, e sovventi in fin dei conti una graduazione forzata, là dove un amichevole accomodo avrebbe potuto appianare il tutto. Su queste osservazioni, la commissione dell'assemblea si era decisa a mutare la redazione del nostro articolo e a dire in modo assoluto: « Se la divisione è soggetta ad omologazione, i due mesi non decorrono che a datare dalla sentenza. » Ma dobbiam soggiungere che in vista del

(1) V. d. R g , 14 febbraio 1853 (Dalloz, 53, 1, 170; Dev , 53, 1, 171).

(2) Abbiamo esaminato l'arresto sotto questo punto di vista, n lla Riv. crit. di legislazione (t. VII , p. 55 e segg.).

(3) V. d. nonpertanto su quest'ultimo punto la dotta dissertazione in cui il Troplong sostiene la tesi contraria, (n° 314 e segg.).

testo attuale, che colloca il punto di partenza *all'aggiudicazione per licitazione*, l'opinione contraria tende a prevalere, e contro qualche arresto il quale à fatto decorrere il termine a partire dalla sentenza di omologazione (1), ne troviamo un numero grandissimo che mette il punto di partenza all'aggiudicazione o alla stessa divisione (2).

Che se evvi luogo ad un tiraggio a sorte, in conformità dell' art. 982, Cod. proc., il termine non decorre se non a datare dal processo verbale del tiraggio a sorte, il quale soltanto fa diffinitivamente cessare l' indivisione (3).

295. Del resto i termini per la iscrizione del privilegio possono essere gravemente modificati dalla vendita che facesse il debitore nel corso della loro durata. Questo punto è specialmente l'obbietto delle osservazioni che presenteremo più oltre, vuoi al n. 318, vuoi nel comentario dell'art. 2166.

296. Il privilegio iscritto dopo il termine degenera in ipoteca, art. 2103. Presa nel termine la iscrizione dà effetto al privilegio non già alla data del giorno in cui è fatta, ma retroattivamente al giorno in cui è nato il credito privilegiato. Appunto in questa retroattività risiede l'eccezione fatta dal nostro art. 2109 alla regola della pubblicità fermata nell'art. 2106. Niuna affezione dell'immobile gravato potrà farsi dal proprietario in pregiudizio del creditore nel corso di questi sessanta giorni, durante i quali il privilegio si sostiene per sè stesso e senza alcuna iscrizione: qualunque affezione consentita sarebbe nulla, ma soltanto rispetto ai condividenti o coeredi privilegiati.

Se il credito risultante dalla divisione si divide tra più condividenti o coeredi, verranno tutti allo stesso rango, per applicazione dall'art. 2097, tutto che iscritti a differenti date, purchè le iscrizioni siensi prese da tutti nel corso dei sessanta giorni.

VIII. — 297. *Terza eccezione: Separazione del patrimonio del defunto.* — La separazione dei patrimonii al pari del privilegio dei coeredi o condividenti era stata sottoposta a forme speciali di pubblicità dalla legge di brumaio. I redattori della legge eransi limitati a riconoscere il dritto, allorchè dopo avere enumerato i diversi crediti privilegiati sugl'immobili soggiungevano: « Il tutto senza pregiudizio del dritto che ànno i creditori delle persone defunte e i legatari di domandare la distinzione e la separazione dei patrimonii in conformità delle leggi » (Art. 14 in fine). Ma il Codice è andato più oltre. Come diceva il tribunale di cassazione (4) « Niuno di coloro che han potuto trattare con l' erede può dolersene; chè ben è uopo che prima di ricevere ipoteca sul suo bene, si assicuri della sua proprietà sul capo del debitore; è uopo che vegga i titoli e li giudichi. Saprà dunque che il bene proposto provviene da una successione ricaduta al suo debitore, e sul perciò sarà sufficientemente avvertito di non riceverlo per suo pegno; se non ha la previa assicurazione, o che non vi sono creditori della successione o che sono stati pagati. Del resto è uopo che questo ostacolo non possa durare eternamente, e che la legge fissi un breve termine, a domanda dei creditori ereditarii per la separazione del patrimonio. È giusto che il dritto d' iscriversi per questo privilegio sui beni ereditarii non duri che sei mesi dopo l' apertura. » Tali sono le idee che i redattori del Codice han formolate nell' art. 2111. Epperò noi qui abbiamo una eccezione simile a quella che precede, salvo la differenza (la cui ragione è già spiegata, *ved.* n. 254), che invece di sessanta giorni sono accordati sei mesi al creditore o al legatario per prendere la iscrizione che deve rendere pubblico il suo credito, e mercè il benefizio della retroattività mantenere il credito nel suo rango.

298. Non dobbiamo, come ben s' intende trattare della separazione dei patrimonii in modo generale, e segnatamente non dobbiamo occuparci degli effetti di essa sui beni dell' erede. Qui trattasi del dritto di preferenza accordato ai creditori e legatarii della successione sui beni che la compongono. Ed anche sotto quest' ultimo punto di vista, non dovremo insistere per le lunghe, chè il Marcadè lo ha già esposto agli art. 878 e *segg.*, ad occasione dei quali ha presentato il comentario del nostro art. 2111, (*ved.* t. II, n. 395 e segg.). Noi dunque non ci soffermeremo che a taluni punti particolari, ai quali importa rivenire a causa delle modifiche introdotte, vuoi dalla giurisprudenza, vuoi anche dalla legge.

299. Ed in pria, è uopo domandare quale

(1) Ved. Req., 17 febbraio 1820, 11 agosto 1830; Colmar, 17 marzo 1847 (J. P., 1847, t. II. p. 525).
(2) Bordeaux, 15 giugno 1831; Lione, 21 febbraio 1832, Parigi 7 febbraio 1833 e 3 dicembre 1836, Rig., 15 giugno 1842 e 17 novembre 1851 (Dalloz, 51, 1, 315), Colmar, 3 agosto 1849 (J. P., 1850, t. II, p. 131), Agen, 11 febbraio 1852 (Dev, 52, 2, 253).

(3) Rig. 3 agosto 1837, Rig., 23 luglio 1839, Cass., 19 giugno 1849 (Dalloz 49, 1, 186), Montpellier, 4 gennaio 1845 (Dalloz 45, 2, 102)
(4) Ved. L' esposizione della discussione che precede il progetto proposto dalla corte di cassazione, Fenet, (t. II, p. 610).

è la natura del dritto? Il punto è vivamente dibattuto, e molti sistemi si son prodotti. In quanto a noi ben vediamo che la separazione dei patrimonii dà ai creditori e legatarii della successione un dritto di preferenza rispetto ai creditori dell' erede; è un dritto che l'articolo 2111 qualifica *privilegio*. Ma questa espressione già adoperata nella antica giurisprudenza e ripetuta nelle osservazioni qui sopra riprodotte del Tribunale di cassazione in fronte del suo progetto, sembraci che debbasi prendere nel senso ristretto assegnatale dal posto stesso che occupa l' articolo in cui è impiegata. Il legislatore, come abbiam detto, si occupa soltanto del *dritto di preferenza* nella sezione 4. del capitolo dei privilegi; ha potuto quindi ed ha dovuto enumerare la separazione dei patrimonii, e sottoporla a condizioni di pubblicità, poichè in quanto si applica ad immobili, essa produce effetti che i terzi hanno interesse a conoscere. Ma ciò non vuol dire che evvi un privilegio propriamente detto, un privilegio che dà luogo non solo al dritto di preferenza che gli è proprio, ma ancora a quel dritto *de suite* che è una delle sue condizioni di inefficacia; ed ecco perchè la separazione dei patrimonii, che è enunciata nella sezione 4. in cui trattasi unicamente del dritto di preferenza, non figura nella sezione 2., il cui obbietto preciso è l' enumerazione dei privilegi sugl' immobili. Noi non ci soffermiamo dunque alla parola *privilegio* adoperata dall' art. 2111; evidentemente la parola non ha in questo articolo il significato che vi si rannoda abitualmente; epperò si vede ch'essa è scomparsa dal Codice belga modificato, in quanto al regime ipotecario, dalla legge del 16 dicembre 1851 (1), e riconosciamo che a causa del suo effetto preciso e limitato, e a causa di ciò soltanto, la separazione dei patrimonii già regolata agli art. 878 e segg., Cod. Nap. è ripresa dal legislatore, allorchè si occupa di fissare le condizioni di pubblicità alle quali intende subordinare, rispetto agl' immobili, l' esercizio del dritto di preferenza da lui stabilito in favore di taluni creditori. Se vi è stato qualche abbaglio su questo punto, si è forse perchè non si è sempre tenuto bastante conto della distinzione fatta dal legislatore tra il dritto *de suite* e il dritto di preferenza. La distinzione è non pertanto essenziale, a parer nostro, per la soluzione del punto che ne occupa, ecco perchè la richiamiamo come un motivo da aggiungere alle ragioni svolte dal Marcadè.

300. Pei creditori chirografarii specialmente la separazione dei patrimonii offre interesse. Può stare in fatti che i creditori del defunto, il cui dritto è protetto da una ipoteca o da un privilegio anteriore alla morte e utilmente inscritti, non abbiano a temere gli effetti della confusione che l' adizione di eredità deve operare tra il patrimonio del defunto e quello dell' erede, perchè il dritto reale che hanno da parte del defunto, rannodandosi agl'immobili della successione, li seguirà nelle mani dell'erede e non permetterà che, in quanto ad essi almeno, la confusione sia operata. Molte decisioni sono state pronunziate in questo senso. Si è anzi deciso in tesi generale che i creditori, i quali avevano una ipoteca iscritta sugl' immobili del defunto non han bisogno, per essere ammessi a prevalersi del dritto di separazione dei patrimonii di prendere dopo la morte la iscrizione richiesta dall'art. 2111 (2).

Ma è uopo stare accorti, gli stessi creditori ipotecarii possono essere gravemente interessati a domandare la separazione. Vi sono in fatti dei casi, come dice il Merlin, in cui i creditori del defunto vedrebbero, senza il soccorso della separazione dei patrimonii, le loro ipoteche primeggiate da quelle dei creditori degli eredi. Così è p. es. quando questi ultimi hanno acquistato, contrattando, una ipoteca generale sui beni presenti e futuri del loro debitore, e la data ne è anteriore a quella dell'ipoteca presa dai primi sui beni del defunto. È uopo dunque in questo caso che i creditori ipotecarii del defunto impediscano la confusione dei patrimonii, e siccome per giungervi non hanno che il mezzo della separazione, è indispensabile per essi di ricorrervi (3). E a tal proposito rileviamo nelle raccolte di giurisprudenza talune decisioni nelle quali queste regole sono state secondo noi ben gravemente sconosciute. Così da una banda la Corte di Grenoble ha giudicato, che il creditore avente una ipoteca iscritta sugl'immobili del suo debitore prima della morte di costui, ed essendo quindi senza interesse per invocare il benefizio della separazione dei patrimonii, non ha d' uopo di prendere alcuna iscrizione dopo questo avvenimento per la conservazione di un tal privi-

(1) Ved. l' art. 39 di questa legge nei Comment. legi lat. del Delebecque (p. 174).

(2) Ved. Bourges. 16 nov. 1853 (J. P., 1854, t. 1, p. 178). — Ved. altresì Pau. 30 giugno 1830.

(3) Ved. Merlin, (v° Separazione dei patrimonii, § 2, n. 4), Grenier (t. II, n. 430), Vazeille (su l'art. 878, t. I, p. 346), Zachariae (t. I, p. 318), Malpel (Delle succ., n. 217), Cabantous (Riv. di leg., t. IV, p. 31).

legio; *di guisa che la sua ipoteca primeggia quella legale della moglie dell'erede del suo debitore, la quale non ha potuto colpire i beni del defunto che al momento stesso in cui sono passati sul capo di questo erede* (1); da un'altra banda la Corte di Cassazione stessa ha deciso, che il creditore ipotecario il quale ha preso iscrizione sugl'immobili del suo debitore, conserva pel solo effetto di questa iscrizione dopo la morte di costui il dritto di domandare la separazione dei patrimonii, *senza che sia tenuto a prendere una novella iscrizione nei sei mesi dall'apertura della successione*, in conformità dell'art. **2111**, e che per conseguenza di tale separazione dei patrimonii, questo creditore ha dritto di farsi collocare in preferenza dei creditori dell'erede *per la totalità degl'interessi del suo credito, di cui la iscrizione primitiva non avrebbe conservato che due annote e la corrente* (2).

Queste decisioni accordano all'iscrizione presa prima dell'apertura della successione, effetti che non possono evidentemente produrre da sè stesse dopo la morte del debitore nel patrimonio del suo erede.

E di fermo la prima sconosce certamente, gli art. 2122 e 2135 Cod. Nap., i quali decidono, uno che l'ipoteca legale grava tutt' i beni appartenenti al debitore, non solo i beni che il debitore possiede attualmente, ma ancora tutti quelli che potranno pervenirgli in seguito; l'altra che l'ipoteca legale esiste a pro delle mogli, per ragione della loro dote e convenzioni matrimoniali, sugl'immobili dei loro mariti *ed a contare dal giorno del matrimonio*. Senza dubbio il dritto della moglie non potrà esercitarsi sugl'immobili passati nel patrimonio del marito, dal capo del suo autore, pria che la mutazione si sia operata, ed in questo senso la Corte di Grenoble poteva dire che l'ipoteca legale non colpisce i beni del defunto che nel momento stesso in cui passano sul capo del marito erede; ma al punto stesso in cui l'erede acquista questi beni, l'ipoteca legale vi si rannoda con un effetto retroattivo che la fa rimontare al giorno del matrimonio, per applicazione dell'art. 2135, ed in questo senso la Corte di Grenoble ha avuto evidentemente torto di dire, in modo assoluto, che l'ipoteca legale è primeggiata da quella acquistata per parte del defunto da un creditore di quest'ultimo. Non potrebbe esser così che nel caso in cui questa ipoteca fosse anteriore per la sua data al giorno del matrimonio, al quale rimonta l'ipoteca legale della moglie dell'erede. Fuori di questa ipotesi (che nell'arresto della Corte di Grenoble nulla indica esser quella sulla quale la Corte ha statuito), la iscrizione presa dal creditore del defunto prima dell'apertura della successione è impotente ad impedire la confusione che va ad operarsi per l'adizione di eredità e per conseguenza a privare l'ipoteca legale del benefizio che tiene dall'art. **2122** di estendersi a tutti gl'immobili che possono ricadere al debitore. La separazione dei patrimonii potrà soltanto produrre questo effetto, ed ecco perchè la Corte di Grenoble è caduta in un evidente abbaglio, quando ha supposto che nella specie a lei sottomessa, la iscrizione presa dal creditore ipotecario del defunto suppliva a quella che questo creditore doveva necessariamente prendere, ai termini dell'art. **2111**, per mantenere la sua ipoteca al suo rango rispetto alle ipoteche generali da cui erano gravati gl'immobili dell'erede.

In quanto alla decisione della Corte Suprema, essa neppur si sostiene. Lo arresto suppone infatti che la separazione dei patrimonii si operi di pieno dritto per tutti i creditori iscritti del defunto, e per tutti i loro crediti, iscritti o pur no, senza che siavi necessità di prendere la iscrizione speciale che esige l'art. **2111**, Cod. Nap. Senza dubbio la Corte suprema non andrebbe sì oltre. P. es. se il defunto avesse lasciato un creditore, latore di due crediti, uno di 20mila fr. iscritto sugl'immobili del defunto, l'altro di 10mila fr. non iscritto, senza dubbio la Corte non giudicherebbe che il dritto reale inerente al primo di questi crediti, e che gliene assicura il pagamento indipendentemente dalla separazione dei patrimonii, anche a fronte dei creditori dell'erede, vantaggi il secondo e ne assicuri altresì il pagamento. Ebbene! fa mestieri non ingannarvisi; quel che la Corte di cassazione non giudicherebbe direttamente, il suo arresto lo suppone, che, sebbene si trattasse unicamente nella specie degl'interessi del credito, vale a dire degli accessorii di questo credito, siccome in diffinitiva la iscrizione non conservava che una certa quota d'interessi (due annate e la corrente), è vero dire che il dippiù degl'interessi costituiva un altro credito al quale l'arresto della Corte ha conservato il suo dritto ipotecario, anche a fronte dei creditori dell'erede, in virtù di questa iscrizione, la quale nonpertanto erasi presa sul defunto stesso prima della sua mor-

(1) Grenoble, 11 o 18 mar. 1851 (Dev., 51, 2, 737, Dall., 51, 2, 95).

(2) Ved. Req., 30 nov. 1847, (Dev., 48, 1, 17; J. P., 1848, 1. 1, p. 39, Dall., 48, 1, 41).

te. In ciò l'arresto è soggetto a censura. Evidentemente la separazione dei patrimonii era qui necessaria per allontanare il concorso dei creditori dello erede, e per conseguenza una iscrizione speciale nei termini dell'art. 2111 era altresì una necessità.

301. Evvi un altro punto sul quale la giurisprudenza ci sembra essersi pronunziata in modo troppo assoluto: è il punto relativo agli effetti dell'accettazione beneficiaria; noi ci limiteremo ad indicarlo, perchè ha formato per parte del Marcadè l'obbietto di un esame speciale e di sviluppi ai quali nulla ci resta ad aggiungere tranne la indicazione delle decisioni giudiziarie alle quali facciamo allusione. Risulta in tesi generale da queste decisioni che l'accettazione beneficiaria di una successione trae seco di pieno dritto separazione dei patrimonii a pro dei creditori della successione e per conseguenza che costoro possono reclamare la preferenza a fronte dei creditori ai quali l'erede avesse ipotecato gl'immobili della successione, senza avere a temere che lor si opponga una decadenza desunta dallo spirare del termine fissato dall'art. 2111 (1). E di fatti alloraquando una successione è stata accettata col benefizio d'inventario, sembra evidente a primo aspetto non esservi luogo pei creditori del defunto di domandare la separazione dei patrimonii, poichè tale separazione esiste, ai termini dell'art. 802, Cod. Nap. per l'effetto stesso dell'accettazione beneficiaria. Nonpertanto ripetiamo col Marcadè che sarà prudente pei creditori del defunto di far pronunziare la separazione dei patrimonii e di inscriversi in tempo utile, perchè, se l'erede viene a decadere dal benefizio d'inventario, il che farebbe sparire la distinzione dei patrimonii con la causa da cui essa derivava, i creditori abbiano il benefizio di questa distinzione in forza di un'altra causa, la separazione che avran fatta pronunziare in loro nome, (ved. t. II, n. 401). Questa considerazione recentemente è sembrata decisiva, quando l'Assemblea legislativa occupavasi dei progetti di riforma ipotecaria e la commissione aveva aggiunto all'art. 2111 una disposizione; giusta la quale « l'iscrizione era necessaria, anche quando la successione erasi accettata col benefizio d'inventario ». Siffatta disposizione oggidì non trovasi nel Codice; ma non ostante la giurisprudenza, i cui cangiamenti sono sempre possibili, è prudente di supporvela.

302. Ai termini del Codice Napoleone, la iscrizione presa nei sei mesi dall' apertura della successione conserva ai creditori il dritto di domandare la separazione dei patrimonii, finchè gl'immobili dolla successione esistono in poter dell'erede. In caso di alienazione e se le cose sono intere, vale a dire se il prezzo della vendita non è stato ancora distribuito, si ammette che la separazione può esser domandata, non ostante l'art. 880 Cod. Nap. Ma in qual termine la iscrizione dovevasi prendere, dopo la promulgazione del Codice di procedura (art. 834), allorchè la vendita aveva luogo ed era trascritta pria dello spirar dei sei mesi? Ed oggidì quale è lo stato delle cose, in vista della legge del 23 marzo 1855, la quale, ristabilendo la trascrizione come mezzo di consolidar la proprietà a riguardo dei terzi, ha abrogato l'articolo 834 Cod. proc.? (*Ved.* su questo quistioni, *infra*, n. 314).

IX. — 303. *Quarta eccezione: privilegi stabiliti da leggi speciali.*—Qui trattasi di taluno dei privilegi di cui abbiam fatto conoscere le condizioni speciali nel nostro comentario dell'art. 2098. Evvi segnatamente il privilegio stabilito dalla legge del 5 settembre 1807 in favore del Tesoro pubblico sui beni dei contabili (*supra*, n. 38 e segg.), e il privilegio stabilito, anche in favore del Tesoro pubblico, da un'altra legge dello stesso giorno pel ricupero delle spese giudiziarie in materia criminale, correzionale e di polizia. (*Ved.* n. 43 e segg.). Questi privilegi, tutto che simili a quelli che sono stabiliti dall' art. 2101, Cod. Nap., in quanto che affettano altresì la generalità dei mobili prima, o anche al tempo stesso che colpiscono tutti o parte degl'immobili (*ved.* n. 211 e 212), non sono stati collocati allo stesso rango sotto il rapporto della eccezione alla regola della pubblicità. Come abbiam detto al n. 292, i privilegi dell'art. 201 sono stati dispensati da qualunque formalità dall'art. 2107. Al contrario quelli del Tesoro pubblico sono soggetti alla regola; soltanto le leggi speciali che li consacrano lor permettono di prodursi mercè la iscrizione, anche dopo la origine del credito privilegiato, salvo l'effetto retroattivo che fa rimontare il privilegio al giorno stesso in cui è nato il credito. L'eccezione adunque partecipa della natura di quello che consacrano gli art. 2109 e 2111 in favore dei coeredi o condividenti, e dei creditori o legatarii che domandano la separazione dei patrimonii. Ciò

(1) Ved Riom, 8 agosto 1828, Cass., 18 nov. 1837; Nimes, 21 giug. 1852, Cass., 29 lug 1853; Req., 11 dic. 1854 (Dall., 33, 1, 353; 54, 2, 206; 53, 1, 232; 55, 1, 49, J. P., 1855, t. 1, p. 129, 135)

esprime in pria l'art. 9 di una delle succitate leggi, articolo giusta il quale « il privilegio del Tesoro pubblico sui beni immobili dei condannati non ha luogo che col peso della iscrizione *nei due mesi, a contare dal giorno della sentenza di condanna*, trascorso il quale termine i dritti del Tesoro pubblico non possono esercitarsi che in conformità dell'art. 2113 Cod. Civile.» Ciò è espresso altresì nello art. 5 dell'altra legge, giusta il quale « il privilegio del Tesoro pubblico menzionato nell'art. 4 sudetto (il privilegio su taluni immobili dei contabili) ha luogo in conformità degli art. 2101 e 2113 Cod. civile, col peso di una iscrizione la quale deve farsi *nei due mesi dal registro dell'atto traslativo di proprietà.* » Presa in questo termine, in qualunque siasi epoca, la iscrizione farà rimontare il privilegio alla data stessa in cui ha preso origine; in ciò appunto consiste la eccezione; ma presa dopo lo spirar dei termini, l'inscrizione conserverebbe al Tesoro una ipoteca la quale prenderebbe rango soltanto alla data del giorno in cui fosse stata inscritta. Diciamo una *ipoteca* e non più un *privilegio*, perchè in questo caso infatti più non trattasi di un credito privilegiato, ma di un credito ipotecario per applicazione dell'art. 2113.

304. Se il debitore (il condannato o il contabile) venisse a vendere nel corso dei due mesi l'immobile gravato del privilegio del Tesoro, e se vi fosse trascrizione del contratto da parte dell'acquirente, ammettevasi sotto l'impero dell'art. 834, Cod. pr. che il Tesoro doveva far iscrivere il suo privilegio nei quindici giorni dalla trascrizione (1). Ma questo articolo è oggidì abrogato. Vedremo al comentario dell'art. 2166 Cod. Nap. quale è sotto il punto di vista del dritto *de suite* la conseguenza dell'abrogazione.

305. Indipendentemente dai privilegi di cui abbiam parlato, avvene un altro stabilito su taluni immobili dei contabili dalla legge del 6-22 agosto 1791 in favore della dogana (*Ved.* n. 30). Ma a differenza delle due leggi del 5 sett. 1807, quella del 1791 nulla dice in quanto concerne il modo di conservazione del privilegio. Qui non v'è dunque eccezione a constatare. L'art. 2106 è soltanto applicabile; il privilegio debb'essere inscritto al momento in cui prende origine e non ha rango che alla data dell'inscrizione (2).

306. Da ultimo un altro privilegio speciale emerge come il precedente dalla classe della eccezioni riceve l'applicazione del principio della pubblicità negli stessi termini e secondo la stessa forma di quello del venditore: è il privilegio dei concessionarii degli stagni prosciugati (*Ved.* n. 58). Al termini dell'artic. 23 dalla legge del 16 settembre 1807, questi concessionarii « debbono per conservare il loro privilegio far trascrivere l'atto di concessione, l'ordinanza che ha permesso il prosciugamento a conto dello Stato nell'uffizio o negli uffizii delle ipoteche del circondario o dei circondarii della situazione degli stagni prosciugati. »

X. — 307. *Sanzione stabilita dall' art.* 2113.—Dopo quanto abbiam detto, occupandoci successivamente dei diversi crediti privilegiati sugl' immobili avremo ben poco ad aggiungere su questo art. 2113, che pone termine al capitolo relativo ai privilegi.

Al n. 246 abbiamo già indicato esservi una specie di sanzione, mercè la quale il legislatore, preoccupato dell'interesse dei terzi, crede assicurare l'adempimento delle condizioni di pubblicità che sono la salvoguardia di questi terzi: la legge senza sacrificar totalmente il creditore, il cui dritto in fin dei conti è essenzialmente favorevole, lo tiene nonpertanto sotto la minaccia di un decadimento, se non assoluto almeno relativo, e lo sprona così a mostrarsi diligente. Quale è dunque questa sanzione e in che consiste? Il nostro articolo ce lo dice chiaramente in questi termini: « Tutti i crediti privilegiati soggetti alla formalità della iscrizione, rispetto ai quali le condizioni qui sopra prescritte per conservare il privilegio non sono state adempiute, non cessano non pertanto di essere ipotecarii, ma l'ipoteca non ha data riguardo ai terzi che dall'epoca delle iscrizioni che avran dovuto farsi, come sarà qui appresso spiegato. » Epperò nel sistema della legge qualunque credito privilegiato sugl' immobili porta in sè stesso due elementi (3); uno che tiene alla causa, alla natura stessa del credito, è il privilegio personale; l' altro che è un dritto reale risultante dalla ipoteca tacita inerente a questo stesso credito. Ora se le condizioni all' adempimento delle quali la legge subordina il privilegio, sieno omesse, il privilegio sparisce e si cancella, resta solo l'ipoteca, ed il creditore ha perduto il benefizio di un dritto eccezionale favorevole, più non gli resta ch invo-

(1) Ved. Grenier. (t. II, n. 415), Dalloz (loc. cit., art. 5, n. 2), Troplong (n. 92) — Ved. Cass., 8 maggio 1811. — Ved nonpertanto Colmar, 21 giug. 1813.

(2) Ved. in senso contrario, Taulier (t. VII, p. 225).

(3) Ved. Troplong (n. 27).

care la legge comune, giusta la quale la ipoteca non ha rango che alla data della sua iscrizione. Tale è la teoria della legge. Riferendosi alle osservazioni qui sopra presentate su ciascun privilegio, il lettore vedrà che noi abbiamo già indicate le applicazioni di cui è auscettiva questa teoria. Ci limiteremo dunque a riassumerle in poche parole.

308. Giusta il testo stesso, la regola è applicabile soltanto ai crediti privilegiati, *sottoposti alla formalità della iscrizione*. Ciò è evidente di per sè stesso. Come concepire in fatti che il manco d'iscrizione possa fare discendere nella classe delle ipoteche un privilegio che si mantiene e si conserva per la sola sua forza e indipendentemente da qualunque iscrizione? Ma non v'è che un solo ordine di creditori privilegiati, ai quali reca profitto questa riserva, e sono i creditori privilegiati dell'art. 2101: l'art. 2107 ci dice che questi creditori sono dispensati dalla formalità della iscrizione (*Ved. supra*, n. 287). Il loro privilegio adunque non può ricevere l'applicazione dell'art. 2113 e degenerare in ipoteca. Niuna altra eccezione è possibile. Così, i privilegi del Tesoro pubblico, tutto che abbiano ciò di comune coi precedenti ed affettino principalmente i mobili del debitore, cessano di essere privilegi, se la iscrizione non ne è fatta nei due mesi accordati al Tesoro; ciò è formolato nelle leggi speciali che han costituito il privilegio, perchè esse rinviano formalmente allo art. 2113, Cod. Nap. (n. 303). — Parimenti la iscrizione dei creditori o legatarii che possono domandare la separazione dei patrimonii perde il suo effetto retroattivo e più non opera che alla sua data stessa, se non è fatta nei sei mesi a contare dall'apertura della successione. (*Ved.* n. 297). Similmente, il privilegio dei coeredi o condividenti degenera in ipoteca e cade sotto l'applicazione della regola: *qui prior est tempore, potior est jure*, allorchè la iscrizione non interviene che dopo lo spirare dei sessanta giorni a datare dall'atto di divisione o dall'aggiudicazione per licitazione. (*Ved.* n. 296). Da ultimo è lo stesso del privilegio degli operai e di quello del venditore; ma così non è che nel sistema da noi sviluppato su questi due privilegi. Chè nel sistema da noi combattuto, l'art. 2113 non si applicherebbe mica al privilegio del venditore, e non si applicherebbe a quello degli operai che a fronte dei terzi avendo acquistato dritti sull'immobile dal proprietario *dopo* il compimento dei lavori; perchè questo sistema consiste appunto a pretendere che vuoi il venditore assolutamente, vuoi l'operaio a fronte dei creditori iscritti *prima* di cominciare i lavori, conservano ol loro dritto il carattere di privilegio, iscrivendosi quando lo stimano conveniente, purchè ciò sia prima del momento in cui la proprietà è purgata. Noi abbiam combattuto questa dottrina e non vi ritorniamo sopra; rammentiamo soltanto che essa fornisce un argomento di più contro il sistema, in quanto che limita arbitrariamente la portata di un testo la cui economia stessa annunzia che, ad eccezione dei soli privilegi non sottoposti alla formalità della iscrizione, essa li regola tutti. È uopo riconoscere nonpertanto che l'articolo di raro si applicherà al privilegio del venditore, in quanto che questo privilegio si conserva non già con una iscrizione (è noto che la iscrizione presa di uffizio dal conservatore è di mera forma), (*Ved.* n. 268), ma con la trascrizione, che fa conoscere la esistenza del privilegio e al tempo stesso ne rivela e consuma la mutazione di proprietà rispetto ai terzi. Ma ciò non vuol dire che la decadenza non possa colpire il privilegio del venditore; come tutti gli altri salvo quelli dell'art. 2101, questo privilegio è sottoposto all'art. 2113 e si è veduto che ne riceve l'applicazione in tutti i casi in cui la trascrizione non fa conoscere ai terzi tutto ciò che essi anno interesse a sapere per non essere tratti in inganno (*Ved supra*, n. 265, 267.)

XI.—309. APPENDICE. *Delle conseguenze della legge del 23 marzo 1855 sotto il punto di vista del dritto di preferenza*. In tutto ciò che precede, abbiam supposto in generale che l'immobile sul quale dei creditori ànno acquistato il privilegio è nelle mani del debitore, supponiamo ora che il debitore disponga di questo immobile, che lo faccia uscire dal suo patrimonio trasmettendolo ad un terzo e vediamo quali sono sotto il punto di vista della conservazione dei privilegii le modifiche risultanti da questa nuova situazione.

Vi sono state su questo punto delle variazioni notevoli nella legislazione. Non è questo nè il caso, nè il luogo di sviluppar qui tutto ciò che concerne siffatte variazioni, chè esse si rannodano principalmente a quel dritto *de suite* da noi citato, se non come il dritto essenziale risultante dal privilegio sugl'immobili, almeno come una delle sue condizioni di efficacia (ved. n° 251), e a questo titolo gli sviluppi troveranno più naturalmente il loro luogo nel comentario dell'art. 2166, ma è uopo almeno indicar qui queste varia-

(1) Cass., 12 lug. 1853. (J. P., 1853, t. II, p. 595).

zioni e i principii che si sono successivamente stabiliti a ciascuna fase della legislazione, perchè sebbene il dritto *de suita* vi sia principalmente interessato, *il diritto di preferenza* ne riceve talvolta e sotto certi riguardi la influenza.

310. Notiamo in pria lo stato di cose creato dal Codice Napoleone. In quel periodo della legislazione e quando erasi ancor molto vicini all' epoca in cui aveva cessato di essere in vigore la legge di brumaio, di cui i redattori del Codice avevano avuto secondo noi il pensiero evidente di riprendere e ravvivare le disposizioni (*supra*, n° 253) sorse vivissima controversia ad occasione dell' articolo 2166, nel quale è detto che « i creditori aventi privilegio o ipoteca iscritta su di un immobile, li seguono in qualunque mano passi,per essere collocati o pagati secondo l'ordine dei loro crediti o iscrizioni. » La difficoltà consisteva nel determinare il momento preciso sino al quale potevansi fare queste iscrizioni', di cui il terzo detentoro doveva tener conto, sotto pena di pagare una seconda volta o di rilasciare. Coloro che erano imbevuti di questi principii consacrati dalla legge di brumaio non esitavano a sostenere che le ipoteche consentite prima della vendita potevano essere iscritte sino alla trascrizione; che il Codice aveva riprodotto sotto tale rapporto il pensiero della legge di brumaio, siccome risultava tra le altre disposizioni dall'art. 2198 che, lasciando libero nelle mani del novello possessore l'immobile rispetto al quale uno o più oneri iscritti fossero stati omessi nei certificati del conservatore, *purchè questo nuovo proprietario avesse richiesto il certificato dopo la trascrizione del suo titolo*, non permetteva di concepire alcun dubbio sulla validità delle iscrizioni prese sino alla trascrizione. Tale era anche il pensiero del direttor generale della regia del registro, il quale, molto meno nell'interesse dei creditori, il comprendiamo, che nell'interesse del Fisco, prescriveva ai conservatori, mercè speciale circolare, d'inscrivere senza esitare tutti i titoli di crediti ipotecarii che lor fossero presentati sino alla trascrizione dei contratti dei terzi acquirenti. Ma intervenne a tal proposito tra il ministro delle Finanze che ammetteva questa soluzione,e quello di giustizia che la respingeva una specie di conflitto, in vista del quale si domandò al Consiglio di Stato la interpetrazione della legge. E il Consiglio di Stato fu di avviso che la trascrizione utile ancora, vuoi per purgare lo immobile dalle ipoteche inscritte *anteriormente* alla vendita, vuoi per purgarlo dalle ipoteche legali, le quali esistessero anche anteriormente alla vendita, non era più necessaria dopo la promulgazione del Codice civile *per annullare l' effetto* delle iscrizioni posteriori. « I principii che ân regolato la materia sino alla legge del dì 11 brumaio, anno 7°, diceva il Consiglio di Stato nel suo avviso, erano che l'immobile venduto non era passibile delle ipoteche provenienti dal canto del venditore che sino al giorno in cui la tradizione erasi fatta con atto autentico, più non potendo il venditore gravare il fondo che più non era il suo. Questi principii àn subito un mutamento momentaneo in seguito di una disposizione della legge del dì 11 brumaio, anno 7°, che sino alla trascrizione lasciava il fondo venduto soggetto alle inscrizioni dei creditori del venditore, senza neppur distinzione dei crediti anteriori o posteriori all' atto di vendita. Ma questa legge più non esiste ed il Codice civile vieta d'invocare l'antica legislazione come regola nelle materie che esso tratta. Che rimane dunque in questa specie? La disposizione stessa del Codice la quale ben dice,che i contratti traslativi della proprietà....che i terzi detentori vorranno purgare dalle ipoteche, saran trascritti, ec. Ma di quali privilegi ed ipoteche questa disposizione può intendersi? Di quelli pei quali *non v'era iscrizione presa al momento della vendita*. È il senso naturale e la legge non à potuto avere in mira oneri futuri, senza imporli in termini formali, il silenzio della legge su questo punto basterebbe adunque per istabilire non esservi d'uopo di trascrivere per redimersi dall' effetto dell'iscrizioni esistenti al momento della vendita (1).» A fronte di questa interpetrazione era ammesso sotto il Codice Napoleone che la vendita da sè sola bastava per arrestare il corso delle iscrizioni, anche rispetto ai crediti anteriori del venditore, la cui ipoteca non iscritta al tempo della vendita era senza forza rispetto ad un terzo acquirente.

311. Questa soluzione era essenzialmente protettrice pel terzo acquirente; ciò è evidente; ma è evidente altresì che essa era gravemente compromessiva pel creditore, che poteva perdere, pel solo fatto della vendita consentita a sua insaputa dal debitore, il di-

(1) Avviso del Consiglio di Stato del dì 11 fruttidoro, anno 13.—Ved. Merlin (Rep., v' Inscriz. Ipot., § 8 bis. n. 2).

ritto reale che aveva sullo immobile gravato dal credito. Da altra banda la soluzione era grave altresì pel Fisco, di cui diminuiva considerevolmente i proventi. Di qui le disposizioni degli artic. 834 e 835, introdotte nel Codice di procedura civile (1) e che costituiscono la seconda fase della legislazione su questo punto. Giusta il primo di questi articoli « i creditori che avendo una ipoteca ai termini degli articoli 2123, 2127 e 2128 Codice civile; non avessero fatto inscrivere i loro titoli anteriormente alle alienazioni che fossero fatte in avvenire degl'immobili ipotecati, non erano ricevuti a richiedere la messa all'incanto, in conformità delle disposizioni del cap. 8, tit. 18, lib. 2, Codice civile, se non giustificando la iscrizione che avessero presa *dopo l'atto traslativo di proprietà ed al più tardi nei quindici giorni dalla trascrizione di questo atto*. — Era lo stesso per rapporto ai creditori aventi privilegio sur immobili, senza pregiudizio degli altri dritti risultanti al venditore ed agli eredi dagli articoli 2108 e 2109, Codice civile. « L'art. 835 aggiungeva che « nel caso dell'articolo precedente il novello proprietario non era tenuto a fare ai creditori, la cui inscrizione non era anteriore alla trascrizione dell'atto le intime prescritte dagli art. 2183 e 2184, Codice civile ed in tutti i casi, nel manco da parte dei creditori di aver richiesto la messa all'incanto nel termine e nella forma prescritti, il nuovo proprietario non era tenuto che del pagamento del prezzo, conformemente all'art. 2186, Codice civile ». Così in questo nuovo stato di cose, non solo la vendita non arrestava il corso delle iscrizioni, ma ancora la trascrizione del contratto neppur l'arrestava da sè stessa: la trascrizione non era sotto questo punto di vista che una messa in mora fatta ai creditori, e giusta la quale casi avevano ancora un termine di quindici giorni, durante i quali il loro dritto sussisteva intero, anche verso il terzo acquirente, e doveva godere di tutte le sue prerogative, a patto di prodursi pria dello spirar del termine.

Diremo all'art. 2166, trattando del dritto *de suite* le difficoltà d'interpetrazione che presentò siffatta innovazione. In quanto al presente basta constatare che su questo stato di cose è intervenuta la legge del 23 marzo 1855, la quale è in vigore dal 1° gennaio 1856 e costituisce lo stato attuale, vale a dire la terza fase della legislazione su questo punto.

312. I principii ch'essa stabilisce non sono nè quelli del Codice Napoleone, nè quelli de Codice di procedura; non sono non pertanto principii ignoti; costituiscono semplicemente, salvo talune estensioni nei dettagli, il ritorno a quelli che aveva stabiliti la legge del dì 11 brumaio, anno 7°. Ecco infatti l'economia, almeno in quanto concerne le disposizioni che interessano i creditori privilegiati al punto di vista speciale in cui ci siamo collocati.

In primo luogo la legge ci dice quali sono gli atti e le sentenze che debbono essere sottoposti alla formalità della trascrizione; così è di qualunque atto tra vivi traslativo di proprietà immobiliare o di dritti reali suscettibili d'ipoteca; di qualunque atto portante rinunzia a questi stessi dritti, di qualunque sentenza che dichiara l'esistenza di una convenzione verbale della natura di sopra espressa; di qualunque sentenza di aggiudicazione diversa da quella resa per licitazione a pro di un coerede o di un condividente; di qualunque atto costitutivo di anticresi, di servitù, di uso e di abitazione; di qualunque atto portante rinunzia a questi stessi dritti; di qualunque sentenza che ne dichiara l'esistenza in virtù di una convenzione verbale, degli affitti di una durata oltre 18 anni; da ultimo di qualunque atto o sentenza constatante anche affitti di minor durata, quietanza o cessione di una somma equivalente a tre anni di pigione o di estagli non iscaduti, (art. 1 e 2). L'art. 4 dice inoltre che qualunque sentenza pronunziante la risoluzione, nullità o rescissione di un atto trascritto deve nel mese a datare dal giorno in cui è acquistato l'autorità della cosa giudicata, essere menzionata in margine della trascrizione fatta sul registro (ved. *supra* n° 269 in fine) e che il patrocinatore il quale ha ottenuto questa sentenza è tenuto, a pena di 100 fr. di ammenda, di fare operare questa menzione, rimettendo un bordereò redatto e sottoscritto da lui al conservatore che gliene rilascia ricevo.

In secondo luogo il legislatore del 1855 consacrando il ritorno alla legge di brumaio, di cui testè parlavamo, esprime che fino alla trascrizione i dritti risultanti da atti o sentenze enunciate negli art. 1 e 2, non possono opporsi ai terzi che ànno dritti sullo immobile e che li àn conservati conformandosi alle leggi (art. 3).

In seguito passando agli effetti della tra-

(1) Ved. Locré (Spirito del Codice di procedura sugli art. 834 e 835, n. 1).

scrizione (e giungendo a quel punto stesso che il Codice Napoleone interpetrato dall'avviso precitato del Consiglio di Stato e poi il Codice di procedura àn successivamente e diversamente regolato) la legge ci dico che a contare dalla trascrizione i creditori privilegiati, aventi ipoteche ai termini degli art. 2123, 2127 e 2128, Cod. Nap., non possono prendere utilmente iscrizione sul precedente proprietario, ma che non pertanto il venditore e il condividente possono utilmente inscrivere i privilegi lor conferiti dagli art. 2103, 2108 e 2109 Cod. Napoleone, *nei quarantacinque giorni dall' atto di vendita o di dicisione, non ostante qualunque trascrizione* di atti fatti in questo termine, e che gli articoli 834 e 835 Codice procedura civile sono abrogati (art. 6). Al che noi aggiungiamo, (richiamando quanto abbiam già detto più volte) che, in quanto concerne il venditore, la legge nuova lega l' azione risolutoria stabilita dall' artic. 2103, nel senso che questa azione più non può esercitarsi dopo l' estinzione del privilegio, almeno in pregiudizio dei terzi che ànno acquistato diritti sull' immobile dal canto dell'acquirente e che si sono conformati alle leggi per conservarli (art. 7).

Epperò i creditori più non sono esposti, come sotto il Codice Napoleone interpetrato dall' avviso del Consiglio di Stato, a vedere perduto il dritto reale risultante dal loro credito, in seguito della vendita che il debitore avesse fatta a loro insaputa; ma non àn neppure la latitudine che loro accordava il Codice di procedura, il quale, facendo della trascrizione un semplice avvertimento, permetteva che nascessero i dritti reali (acquistati pria della vendita, ma non ancora iscritti), nei quindici giorni seguenti alla trascrizione; ormai la trascrizione stessa arresterà il corso delle inscrizioni, salvo non pertanto un' eccezione in favore del venditore, o del condividente; costoro avranno la facoltà di inscriversi anche dopo la trascrizione della vendita, purchè al momento in cui la formalità sarà adempiuta, non sieno trascorsi quarantacinque giorni dalla data dell' atto o della sentenza sulla quale il loro privilegio avrà preso origine.

Tale è lo stato di cose create dalla nuova legge; ma non vogliamo insistere qui, perchè ripetiamolo la legge è fatta particolarmente in vista del dritto *de suite*, e quindi ad occasione dell' artic. 2166 si agitano le difficoltà reali del soggetto; in quanto al presente basterà ricercare l'influenza che questa innovazione legislativa può e deve esercitare sugli effetti del *dritto di preferenza*, avuto riguardo a ciascuno dei privilegi consacrati dal Codice Napoleone.

313. Ed in pria in quanto ai privilegi generali dell' art. 2101, il dritto di preferenza che vi si rannoda si eserciterà, dopo come pria della nuova legge, nelle stesso condizioni.

Senza dubbio può dirsi essere stato nel pensiero dell' art. 3 della legge del 1815 di far produrre alla trascrizione i suoi effetti rispetto ai creditori iscritti non meno che a fronte del terzo acquirente, poichè, giusta questo articolo, l' atto trascritto può essere *opposto ai terzi che àn dritti sull' immobile*, termini generali che non sembrano comportare distinzione: si può aggiungere che la induzione si fortifica con l' art. 6, secondo il quale i privilegi non possono essere *utilmente* iscritti dopo la trascrizione; riferendolo la parola *utilmente* al dritto di preferenza del pari che al dritto *de suite*; e che questo art. 6 è sì ben inteso colpire il dritto di preferenza nel manco d' iscrizione che ha riserbato al venditore e al condividente un termine di quarantacinque giorni a contare dal suo titolo, il che è una eccezione da cui è uopo necessariamente dedurre che tutti i privilegi che non vi sono compresi rientrano nella regola. Ma la ragione di decidere si è che la legge del 1855 non à inteso arrecare alcuna ferita ai principii del Codice Napoleone, se non nei casi da essa specialmente preveduti (1). Or l' art. 6 non ha mica determinato i casi in cui i privilegi sono sottoposti alla formalità della iscrizione o ne sono dispensati; a tal riguardo si rimette al Codice Napoleone e significa soltanto che se, giusta il Codice, è necessaria una iscrizione al creditore per conservare il suo dritto di preferenza, questa iscrizione dovrà prendersi pria della trascrizione; ma a niun altro titolo può riguardarsi come richiedente una iscrizione pei privilegi che il Codice Napoleone ne dispensa formalmente *sotto il punto di vista del dritto di preferenza* (art. 2107), nè per conseguenza come rannodante la decadenza di questo dritto al manco d' iscrizione. I creditori dell' art. 2101 potran dunque venire, anche dopo la legge del 1855, indipendentemente da qualunque iscrizione, ad esercitare il loro dritto sul pegno degli

(1) V. Esposizione de' motivi e Rapporto al Corpo legislativo (Monit. del dì 11 e 31 marzo 1855).

immobili affetti sussidiariamente al loro privilegio: e purchè le cose sono intere, vale a dire che il pegno non sia stato distribuito, pagato senza frode, o regolarmente delegato, vi dovran ricuperare il loro credito.

Ma potrebbero forse, senza il soccorso di una iscrizione, colpire il terzo acquirente che avesse pagato, ed obbligarlo a pagare di bel nuovo,o a rilasciare? Ciò si rannoda al dritto *de suite*, e la quistione è esaminata all'articolo 2166.

314. Quanto diciamo dei creditori dell'articolo 2101, lo diciamo ugualmente ma per altri motivi dei creditori e legatarii che domandano la separazione dei patrimonii. La legge del 1855 non si è occupata in niun luogo di questo dritto di separazione dei patrimonii. Non pertanto è uopo riconoscere che, se questo dritto dovesse essere considerato come un privilegio ordinario, rientrerebbe pei motivi indicati al numero precedente nei termini dell'art. 6 della legge, poichè questo dritto non può esercitarsi che a patto di una iscrizione presa nel termine dell'art. 2111, Codice Napoleone e che, giusta l'art. 6 della nuova legge, niuna iscrizione può prendersi *utilmente* a contare dalla trascrizione.

Ma abbiam detto più sopra al n° 299, che la separazione dei patrimonii non è costitutiva di un privilegio propriamente detto; essa crea un dritto *sui generis*, un dritto di preferenza privo di quel dritto *de suite*, che è il complemento del privilegio sugl' immobili ed una delle sue condizioni di efficacia. Ciò è decisivo agli occhi nostri. Dacchè la separazione dei patrimonii non costituisce un *privilegio*, non potrebbe esser quistione di sottoporla all'applicazione di un articolo fatto pei creditori privilegiati ed ipotecarii. Già, pria della legge del 1855 si ammetteva che, anche dopo i 15 giorni dell'art. 834, Codice di procedura, il creditore avente dritto di domandare la separazione dei patrimonii poteva iscriversi, finchè non fossero decorsi i sei mesi a contare dall'apertura della successione, ed il suo dritto di preferenza gli era assicurato, purchè le cose fossero intere (1). La ragione di decidere così è anche ben più imperiosa dopo la nuova legge che dichiara purgata la proprietà pel solo fatto della trascrizione. Senza di che si andrebbe inevitabilmente alla soppressione della separazione dei patrimonii,non essendovi interesse reale a dimandarla se non quando la posizione dell'erede è imbrogliata; e siccome in questa posizione l'erede stesso à interesse ad attuare le risorse della successione, ne segue ch'ei si affretterà a vendere, di talchè *trascrivendo l'acquirente* senza ritardo, il creditore del defunto si troverà decaduto forse anche pria di sapere che la successione si è aperta! Tale non ha potuto essere evidentemente il pensiero della legge.

315. In quanto agl' imprenditori ed operai, le osservazioni da noi presentate trattando dalla conservazione del loro privilegio (ved. num. 276 e segg.), sussistono sotto la legge del 1855. Questo privilegio, sottoposto com'è alla regola dell'art. 2106 è senza effetto, anzi non esiste prima della iscrizione del primo processo verbale. La iscrizione stessa perchè sia utile debbe farsi prima del cominciamento dei lavori. La plus-valenza non venendo così ad aggiungersi al valore dell' immobile che posteriormente alla iscrizione, il privilegio è conservato mercè questa stessa iscrizione, e se l'immobile passa dalle mani del proprietario in quelle di un terzo acquirente, gli operai anche in virtù di questa stessa iscrizione verranno alla graduazione aperta sul pegno e otterranno la preferenza dalla somma di danaro rappresentante la plus-valenza. Che se la vendita ha luogo nel corso dei lavori o pria che terminati i lavori siensi i medesimi ricevuti, possono presentarsi diverse ipotesi; così può stare che l'acquirente si opponga alla continuazione dei lavori, o al contrario ch'ei consenta che sieno terminati. Ma in questo situazioni l' interesse degli operai trovasi in contatto con quello del terzo acquirente; si è più particolarmente il dritto *de suite* quello che è in quistione: noi vi riveniamo all'art.2166.—Supponiamo ora che l'operaio abbia trascurato d'iscrivere il processo verbale pria di cominciare i lavori, la trascrizione della vendita consentita dal proprietario mette ostacolo all' acquisto ed alla conservazione del privilegio pel dritto di preferenza come pel dritto *de suite*.

316. Vengono da ultimo il venditore e il condividente. Questi creditori privilegiati, come si è veduto, sono dalla legge allogati in una posizione eccezionale. Quando la proprietà è purgata, rispetto agli altri, pel solo effetto della trascrizione, non lo è necessariamente rispetto al venditore e al condividente, anche dopo la trascrizione, e il loro privilegio può prodursi ancora, purchè non sienotrascorsi quarantacinque giorni dacchè esso ha preso origine.Si è questo l'opera della discussione.

(1) Ved. Delvincourt (t. II, p. 172, nota), Dalloz (loc. cit., n° 4), Troplong (n° 327). — Ved. ancora Colmar, 5 marzo 1831 (Dev., 31, 2, 678).

Il primitivo progetto, quale erasi adottato dal Consiglio di Stato, non faceva distinzione. Il principio della trascrizione traslativa vi era fermato in tutto il suo vigore, e per conseguenza il progetto disponeva nel senso che la trascrizione arresterebbe il corso delle iscrizioni senza alcuna riserva. Ma ciò fu vivamente combattuto. Si domandò in pria il mantenimento del termine di quindici giorni consacrato dal Codice di procedura; e fondaronsi perciò sui pericoli che presentava la trascrizione, a causa della istantaneità stessa con coi può farsi, se era considerata come un mezzo di trasmettere la proprietà purgata, e di trasmetterla così istantaneamente anche pria che un primo venditore avesse avuto il tempo di provvedere a che la sua propria vendita fosse resa pubblica ad effetto di acquistare e conservare il suo privilegio. In mancanza di questo termine di 15 giorni imaginato dai redattori del Codice di procedura e che in vero più non si accordava con l'effetto traslativo che la nuova legge voleva dare alla trascrizione, si domandò che il creditore, per iscrivere il suo privilegio acquistato prima della vendita avesse almeno sessanta giorni a contare dal suo proprio titolo: era il termine stesso che il Codice accorda per la iscrizione del privilegio del condividente. Il termine fu ammesso in massima, ma si mercanteggiò sulla durata; chè sulle prime non si accordavano che quindici giorni, si andò sino a trenta, per fermarsi da ultimo, ai quarantacinque giorni di che parla l' art. 6 della legge.

Potrebbesi dimandare perchè la disposizione non è stata generalizzata e perchè, quando è sembrato giusto di accordare questo favore al condividente e al venditore, non si è parimenti accordato agli altri creditori privilegiati, pei quali avrebbe potuto anche avere il suo vantaggio, se non al punto di vista del dritto di preferenza di che parliamo, almeno al punto di vista del dritto *de suite*, di che ci occuperemo all'art. 2166. Forse non v'è altra ragione se non quella che il legislatore non ha pensato ai privilegi i quali non sono stati richiamati nella discussione e si è fissato unicamente a quelli che si producono più di frequente, e che nella discussione erano presi a titolo di esempii per mettere in piena luce il rigore del primitivo progetto. Che che ne sia, il termine stabilito dalla legge non esiste se non in favore del venditore e del condividente.

317. In quanto al venditore, rammentiamo ancora che l'azione risolutoria rannodasi al privilegio, di tal che si estingue se il privilegio viene ad estinguersi e più non può esercitarsi in pregiudizio dei terzi che hanno acquistato dritti sull'immobile da parte dell'acquirente e si sono conformati alle leggi per conservarli. Ciò dà tanta maggiore importanza alle difficoltà nelle quali sono in quistione la esistenza e la conservazione del privilegio. Nelle nostre precedenti osservazioni abbiam toccato taluni punti che si rannodano a siffatte difficoltà, (ved. in ispecie il n. 261). Altre e più gravi vi si rannodano ancora, tra cui va allogata l'ipotesi di vendite successive e la valutazione degli effetti della trascrizione di una vendita rispetto alle vendite anteriori che non fossero state trascritte. Ma la difficoltà in ciò interessa in modo sì grave il terzo acquirente che la valutazione troverà meglio il suo posto nelle nostre osservazioni sol dritto *de suite*.

318. In quanto al condividente, il dritto *de suite* inerente al suo privilegio si conserva, o almeno il dritto di prendere iscrizione contestante qualunque trascrizione, sussiste durante i quarantacinque giorni seguenti l'atto o la sentenza in cui il privilegio ha preso origine. Il favore accordato al condividente non va più oltre, di talchè se non essendo iscritto il privilegio, l'immobile gravato è venduto ad un acquirente che fa trascrivere il 46° giorno, p. es. a contare dalla divisione, l'iscrizione del privilegio più non può farsi e il dritto *de suite* è ormai perduto.

Ma la perdita di questo dritto trae forse seco quella del dritto di preferenza nel senso che il condividente non possa, rispetto ai creditori che venissero sul prezzo, inscriversi finchè rimanga qualche po' di tempo a decorrere dei sessanta giorni accordati dall'art. 2109 Cod. Nap.? È questa una quistione che fa sorgere il ravvicinamento del Codice con la legge nuova. Nonpertanto guardandovi dappresso, la quistione non è seria: sotto il Codice Napoleone modificato da quello di procedura, già si ammetteva che il condividente il quale non prendeva iscrizione nei quindici giorni dalla trascrizione della vendita consentita dal suo condividente era privo del *dritto de suite*, segnatamente del dritto di sovraimporre, ma che la iscrizione presa dopo i quindici giorni, purchè lo fosse nei sessanta giorni, conservava il *dritto di preferenza* tra' creditori (1). Si era questa una differenza difficilmente spiegata da

(1) Ved. Grenier (t. II, n° 400), Delvincourt (t. p. II, 146), Persil (art. 2109, n° 9), Troplong (n° 316 bis e seg.).

quegli aetori, i quali avevano trascurato di fare tra il dritto *de suite* e quello di preferenza la distinzione che noi consideriamo come fondamentale, (ved. n. 251). La differenza però era giesta, nè ha cessate di esserlo dopo la legge del 1855. Quests legge, fatta nello scopo di affrettare ed assicurare la liberazione dell'acquirente, è stata scritta al pari dell'art. 834, Cod. pr. ie viata del dritto *de suite*; tutta la discussione lo attesta. Non si può dunque considerarla, come non si considerava l'art. 834, Cod. pr., come avendo abrogato le disposizioni preesistenti della legge sul *dritto di preferenza*. Senza di ciò occorrerebbe dire che il legislatore del 1855 ha sacrificato il dritto legittimo dei condividenti a dritti che riguarda egli stesso come meno favorevoli, e che ha sacrificato questo dritto senza alcun pro per lo scopo che si proponeva; perchè quale ostacolo arrecherebbe alla liberazione dell'acquirente la facoltà pel condividente d'iscrivere il suo dritto nei quindici giorni che trascorreranno dal 45° al sessantesimo?

Epperò, il dritto *de suite* sarà perduto con lo spirar del termine di 15 giorni, e sotto tal rapporto il condividente mancherebbe di prudenza, se non preodesse iscrizione pria dello spirar di questo termine. Ma il termine di sessanta giorni a contare dalla divisione non sussisterà meno per la iscrizione del privilegio al punto di vista del dritto di preferenza; ed essendo d'altronde integre le cose, l'iscrizione fatta in quest'ultimo termine assicura al coudivideote il suo dritto sul prezzo, non ostante l'alienazioue e trascrizione ietermedie.

CAPITOLO III.

Delle Ipoteche.

319. L'art. 2194 di cui sopra presentammo il comentario al num.° 20 e segg. ci ha dinotato, se non le due sole, almeno le due principali cause leggittime di preferenza tra' creditori, vale a dire i privilegi e le ipoteche. Il legislatore si è occupato in pria dei privilegi al punto di vista del dritto di preferenza nel capitolo precedente; l'ordine logico delle idee lo conduceva ad occuparsi poi delle ipoteche; tale è l'obbietto del presente capitolo.

Così, quantenque sieevi nelle disposizioni contenute in questo capitolo varie enunciazioni che dovremo ben presto notare come convenienti ai privilegi non meno che alle ipoteche, è vero il dire nonpertanto che qui il legislatore ha avuto in mira le ipoteche soltanto. Negli ulteriori capitoli il suo pensiere, come vedremo, abbraccerà le due cause di preferenza; ma in questo si restringe alle ipoteche, come restringevasi ai privilegi nel capitolo precedente. E a quella guisa che quest' ultimo capitolo ci ha detto, prima in forma di disposizioni preliminari che cosa è il privilegio, quale ne è l'indole e gli effetti, e poscia in quattro distinte sezioni, quali crediti sono privilegiati, quali possono essere gravati, quali regole debbono presiedere alla classifica dei privilegi, e le condizioni alle quali si acquistano e si conservano; alla guisa stessa il presente capitolo ci dice ora, in pria in talune disposizioni preliminari, che cosa è l'ipoteca, quale ne è l'indole e gli effetti, quali beni ne sono suscettibili, e poscia in quattro distinte sezioni, i caratteri proprii a ciascuna specie di ipoteche, le cause da cui possono procedere, la misura nella quale affettano i beni dell' obbligato, e il rango che ànno tra loro.—Eccodenqee qual'è su tutti questi punti la teoria della legge.

Disposizioni Preliminari.

Dell'ipoteca, delle cause che la producono e dei beni che ne sono suscettibili.

2114 [2000]. La ipoteca è un diritto reale costituito sopra gl' immobili ad effetto di soddisfare una obbligazione.

È di sua natura indivisibile e sussiste per intero sopra gl' immobili che si sono obbligati, su ciascuno di tali immobili e su di ogni parte di essi.

È inerente ai beni ancorchè passino in altre mani (a).

2115 [2001]. La ipoteca non ha luogo fuorchè ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge (b).

2116 [2002]. È legale, o giudiziale, o convenzionale (c).

2117 [2003]. La ipoteca legale è quella che deriva dalla legge. La ipoteca giudiziale è quella che deriva dalle sentenze o dagli atti giudiziali.

La ipoteca convenzionale è quella che dipende dalle convenzioni e dalla forma estrinseca degli atti ede'contratti (d).

(a b c d) Niuna divergenza è fra questi articoli.

SOMMARIO

I. Origine della ipoteca, della sua superiorità avuto riguardo alle convenzioni analoghe che l'ànno preceduta. — Divisione.

II. Definizione dell'ipoteca; quella dell'art. 2124 è insufficiente o incompleta, perchè omette una delle circostanze che fanno distinguere l'ipoteca dall'anticresi: — Quella del Pothier è preferibile, nonpertanto debb'essere completata eziandio dal richiamo del dritto *de suite* e del dritto di preferenza che caratterizzano il dritto del creditore ipotecario e lo fan distinguere da quello dei creditori chirografari.

III. Cause delle ipoteche. — In tesi generale le ipoteche ànno una causa comune, la legge. Ma la loro causa immediata è multipla: esse risultano vuoi dalla legge, vuoi da sentenze e atti giudiziarii vuoi dalla convenzione. — Inoltre esse si dividono in speciali e generali, ma la specialità è propria delle ipoteche che hanno la lor causa nella convenzione, mentre che la generalità è la divisione di quelle che risultando o dalla legge e da sentenze, procedono più o meno direttamente dalla volontà del legislatore.

IV. Natura dell'ipoteca. — Presa in sè stessa l'ipoteca è un obbligazione accessoria; conseguente; rinvio. — Considerata nei suoi effetti è un dritto reale e ingenera un dritto indivisibile.

V. Dell'ipoteca considerata come dritto reale. In qual senso è uopo intendere questa qualifica data all'ipoteca dalla legge. Da una banda essa significa che l'ipoteca opera lo smembramento del dritto di proprietà e che appartiene alla classe dei beni immobiliari. Controversia su di entrambi i punti. — Da un altra banda indica che l'ipoteca è opponibile a chiunque, agli altri creditori del proprietario dell'immobile, donde deriva il dritto di preferenza, del pari che ai terzi acquirenti di questo immobile, dal che deriva il dritto *de suite*.

VI. Dell'ipoteca considerata come dritto indivisibile. Essa è secondo l'espressione della legge, indivisibile per sua natura, nonpertanto qui trattasi; non già di una indivisibilità naturale propriamente detta; ma di una indivisibilità puramente intenzionale. Conseguenze: gli effetti della indivisibilità possono essere modificati e ristretti; esempio. — L'indivisibilità dell'ipoteca non produce l'indivisibilità dell'obbligazione principale: applicazioni. — L'indivisibilità non esiste neppure tra l'ipoteca e l'obbligazione principale, nel senso che l'ipoteca può cedersi indipendentemente dal credito al quale accede; la controversia esistente a tal riguardo è virtualmente troncata oggidì dalla legge del 23 marzo 1855. — L'indivisibilità dell'ipoteca ha luogo tanto attivamente quanto passivamente. — Degli effetti che produce e specialmente del concorso dell'ipoteca generale con le ipoteche speciali. — Discussione.

I. — 320. Nell'ordine delle sicurezze reali, l'ipoteca non è stata una creazione spontanea, una combinazione formata d'un sol getto; è stata un progresso che agevolmente si riconoscerà, rappartandoci alle convenzioni analoghe che l'àn preceduta e da cui à desunto la sua origine. — In tutte le epoche, come più sopra abbiam mostrato al n° 4, i beni di un debitore sono stati obbligati alla sicurezza dei suoi creditori; l'intimo senso e il dritto naturale àn voluto che, correlativamente all'obbligo personale del debitore ed in conseguenza di questo obbligo nascesse il dritto pel creditore di astringere questo debitore ad adempiere al suo obbligo su tutti i beni, è il dritto di pegno generale, il cui principio è rammentato nell'art. 2092 da noi spiegato (*Ved. supra*, n° 2 e segg.).

Ma per generale che sia questo dritto di pegno, non pertanto è incerto e precario. Da una banda i beni non rispondono del debito che in quanto sono nel patrimonio del debitore; e siccome il dritto puramente personale dei crediteri non fa sì che i beni sieno indisponibili ed inalienabili, ne segue che il pegno può esser sempre menomato o anche annientato con le disposizioni o le alienazioni che il debitore avesse fatte senza frode. Da un'altra banda il dritto di pegno generale gravita sui beni del debitore a pro di tutti i creditori e senza alcun riguardo alla data dei crediti; e siccome le obbligazioni sottoscritte dal debitore non potrebbero fare ostacolo a che egli ne sottoscriva delle altre, ne segue che il pegno può ancora scemare in questo modo, e divenire per dir così insignificante per ogni creditore, se dovesse ripartirsi tra tutti.

È agevole il comprendere che i creditori vigili àn dovuto cercare il mezzo di porre il loro dritto al coverto da simili incertezze. Si è capito che « per la diffidenza delle persone, come dice il Loyseau, era mestieri far obbligare le cose, » che era necessario obbligarle, assicurandovisi un dritto reale, indipendente dall'obbligo personale, suscettibile di allontanare il concorso dei creditori. Ed in quest'ordine di idee, il mezzo più naturale, quello che dovette pel primo presentarsi alla mente, fu l'impossessamento della cosa per parte del creditore, e il dritto per lui di ritenerla finchè il debitore avessè soddisfatto al suo obbligo: era il pegnoramento. Applicato in pria alle cose mobiliari e ridotto così ad un semplice contratto di pegno, il pegnoramento si estese in seguito, allorchè, secondo l'espressione del Loyseau (1) « essendosi aumentata l'ambizione degli uomini a grandi imprese e a contrarre maggiori debiti, fu mestieri por mano ai patrimonii ed obbligarli al pari dei mobili, vale a dire darli in fitto ed abbandonarli al creditore per rimanerne investito e goderne finchè fosse stato pagato. » È l'antico pegno morto, o anticresi.

Ma l'anticresi ha i suoi rischi e i suoi

(1) Ved. Loyseau (Del Rilascio, lib. 3, cap. 1, num° 3).

gravi inconvenienti. Spogliando il proprietario nella sua cosa, di cui fa passare il possesso nelle mani del creditore, non tiene abbastanza conto dell' interesse del primo, ed al contrario accorda troppo ai dritti del secondo. Essa ha un altro torto, ben altrimenti grave; compromette la sorte della proprietà e nuoce allo sviluppo dell'agricoltura; chè non può domandarsi al creditore che dia alla coltura di una terra da lui detenuta passaggeramente le cure che possonsi sempre sperare dal proprietario, nè ch'egli sborsi per questa terra i capitali, senza il soccorso dei quali deperisce e rimane infeconda. Eravi dunque a ricercare una combinazione migliore e meglio fatta per conciliare più equamente le garenzie dovute al creditore con l' interesse della proprietà, e con l'aiuto del progresso (1) vi si pervenne. Ciò ne viene anche insegnato dal Loyseau. « Da ultimo, ei dice, col volgere del tempo si trovò essere un grande incommodo che il proprietario si spogliasse del tutto dei suoi fondi, atteso la perdita ch'ei faceva, mentre erano raccolti e governati da altri. Ecco perchè si cominciò a poco a poco, invece di locare attualmente i fondi in pegno, di promettere semplicemente di locarli e rilasciarli al creditore nel manco di pagamento; di guisa che furono obbligati al debito mercè una semplice convenzione, e il debitore ne rimaneva sempre investito (2). » Questa novella combinazione la quale, come vedesi, si riassume in una specie anticresi *senza tradizione*, è la ipoteca definita dai nostri articoli, di cui indicano le diverse cause, di cui fan presentire la natura e di cui precisano l' indole e gli effetti. Ecco tanti punti sui quali dobbiamo ora soffermarci.

II.—321. L'ipoteca, ci dice l'art. 2114, è un dritto reale sugl'immobili affetti alla soddisfazione di un obbligo. Per noi che consideriamo l' anticresi come costituente altresì un dritto reale che affetta la cosa stessa, e non abbiamo ammesso che il dritto risultante dall' anticresi abbia, come insegna il Troplong, un carattere puramente personale (*Ved. supra*, n. 21), la definizione dell' art. 2114 è incompleta ed insufficiente. Essa ben dice che l'ipoteca è un dritto reale *sugl'immobili* e con ciò mostra la differenza tra l'ipoteca o il pegno propriamente detto, il quale non può aver per oggetto che cose mobiliari. Ma non dice che il debitore rimane in possesso degl'immobili affetti, o almeno che il possesso di questi immobili non passa nelle mani del creditore, ed in ciò omette una delle circostanze importanti dell' ipoteca, una di quelle segnatamente che la fan distinguere dal contratto di anticresi, di cui, secondo la espressione del Troplong, è stata l' ingegnoso perfezionamento. Testè mostrammo tutto ciò, ed Ulpiano nella legge 9, § 2, ff. *de Pignoratitia actione vel contra*, lo precisa in questi termini: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypotecca cum non transit, nec possessio, ad creditorem.* È uopo dunque completare la definizione del nostro articolo: sotto questo punto di vista, accetteremmo in preferenza quella del Pothier, secondo il quale l'ipoteca « è il dritto che ha il creditore nella *cosa altrui*, di farla vendere giudiziariamente, per esser pagato, sul prezzo di ciò che gli è dovuto (3) Nonpertanto siffatta definizione, tutto che sembra ammessa in questi termini da eminenti giureconsulti (4), è ancora incompleta; e per maggior precisione vi aggiungeremo due importanti circostanze; la prima che il dritto di seguire e far vendere può dal creditore esercitarsi *in qualunque mano ei trovi* l' immobile affetto, nel che il dritto del creditore ipotecario si distingue da quello del creditore chirografario il quale ancora, avendo un titolo esecutivo può benissimo far vendere gl'immobili del suo debitore in vista del pagamento che gli è dovuto, ma nol può che quando trova gl' immobili in possesso del debitore; l'altra che il pagamento reclamato sul prezzo, il creditore ipotecario viene ad esigerlo, se non alla data, almeno al rango determinato dalla inscrizione del suo credito (*Ved. infra*, art. 2134) *con preferenza e ad esclusione*, nel che la posizione di questo creditore differisce ancora da quella del creditore chirografario, il quale, se può, dopo aver fatto espropriare il suo debitore, farsi pagare sul prezzo, nol può che su quanto rimane di tale prezzo dopo la soddisfazione degli ipotecarii, di cui gli immobili erano gravati, ed ancora senza alcuna preferenza rispetto altri creditori chirografarii come lui, (art. 2093, *supra*, num. 17). Queste due circostanze sono importanti, abbiam detto, chè in esse appunto si riassomono il dritto di *preferenza* e quello *de suita*, che sono gli effetti diretti o le conseguenze del dritto reale creato dall'ipoteca. Ciò vedremo tra non guari.

(1) Si è detto a ragione che. l' anticresi non è un contratto di una nazione civilizzata. Ved Pougeard, spiegazioni in sostegno del progetto di legge sulla riforma ipotecaria, p. 4. Ved. pure Troplong (*Prefazione del Pegno*).

(2) Ved. Loyseau (loc. cit., n° 4).

(3) Ved. Pothier (Introd. al tit. 20 della Consuet. d' Orleans, n° 1).

(4) Ved. Zachariae (t. II, p. 193, 2°), Troplong (n° 386).

ri, allorchè ci occuperemo dell'indole di un tal dritto. (*Ved.* num. 329).

Prima di ciò dobbiam parlare delle cause da cui procede l'ipoteca.

III. — 322. Sotto un ponto di vista generale, si può dire che qualunque ipoteca procede dalla legge, nel senso che trattandosi qui di un dritto totalmente eccezionale ed esorbitante del dritto comune è uopo, perchè la fede pubblica non vi sia ingannata, che questo dritto non possa prodursi ed esserne riconosciuta l'esistenza che appunto nei casi determinati dalla legge. L'art. 2115 ha dunque disposto con ragione che « l'ipoteca non ha luogo che nei casi e secondo le forme autorizzate dalla legge ». Epperò non v'è dritto ipotecario possibile fuori di questi casi, l'analogia che nella tale o tal'altra materia può menare all'estensione di una disposizione legislativa, è assolutamente proscritta in materia d'ipoteca; per quanto prossima la si possa supporre, essa rimane impotente a creare il dritto ipotecario, il quale non può esistere se non nei termini stessi della legge. Tale è incontestabilmente il pensiero espresso dall'art. 2115; tale la regola che ha voluto formolare; senza di che la disposizione sarebbe superflua e totalmente inutile, poichè è di tutta evidenza, non potersi acquistare alcun dritto, in tesi generale (un dritto qualunque o non già solo il dritto ipotecario) se non si è nel caso di reclamarlo e se non si sono adempite le formalità, all'osservanza delle quali è subordinato l'acquisto del dritto (1).

Così ed in questo senso è vero il dire che tutte le ipoteche procedono da una causa comune, che è la legge. Ma le ipoteche hanno una causa più prossima e più immediata, quella da cui derivano direttamente, o questa è multipla. Ciò indica l'art. 2116; allorchè ne dice che l'ipoteca « è o legale, o giudiziaria, o convenzionale »; o l'art. 2117 completa la indicazione, quando riprendendo successivamente le qualifiche dell'articolo precedente, aggiunge:

1° In quanto all'ipoteca *legale* che è quella *risultante dalla legge*; dal che è mestieri intendere che questa ipoteca ha per principio la legge, non già solo secondo l'eccezione generale da noi precisata, ma ancora in modo principale e diretto, nel senso che l'ipoteca qui esiste di pieno dritto a pro di taluni crediti talmente favorevoli agli occhi del legislatore che à creduto dovervi rannodare la sicurezza di una ipoteca, indipendentemente da qualunque manifestazione della volontà da parte del creditore di ottener questa sicurezza, e dal canto dell'obbligato, di consentirla.

2° In quanto all'ipoteca giodiziaria, quella *risultante dalle sentenze* o *atti giudiziarii*; il che significa che qui ancora indipendentemente da una manifestazione della volontà delle parti e dall'autorità della legge che vuole assicurare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, l'ipoteca risulta da qualunque sentenza, il cui dispositivo condanna la parte all'esecuzione di una obbligazione, o da qualunque confessione, riconoscimento o altro fatto di simil natura compiuto innanzi a giudici, constatato da essi ed implicante la esistenza di un'obbligazione;

3° Da ultimo, in quanto all'ipoteca *convenzionale*, che è quella *dipendente dalle convenzioni e dalla forma esteriore dei contratti*; il che vuol dire che questa ipoteca, a differenza della legale o della giudiziaria, non può esistere che mercè l'accordo delle parti ed in virtù dei loro rispettivi consensi, purchè per altro questo accordo e questi consensi sieno constatati nella forma stabilita dalla legge.

323. Del resto l'ipoteca legale, la giodiziaria e la convenzionale, ànno ciascuna la loro distinta sezione nel presente capitolo. Ecco perchè seguendo la via tracciata dalla legge stessa, noi ci attenghiamo qui alla spiegazione dei termini coi quali la legge ha qualificato le diverse cause dell'ipoteca, riservando pel comentario degli articoli contenuti nelle tre sezioni che seguiranno gli sviluppi che ciascuna di esse comporta.

Notiamo soltanto un punto importante che tiene ancora alla causa delle ipoteche, o sul quale avremo frequenti occasioni di rivenir sopra nel corso del nostro comentario; vogliam parlare della differenza che intercede tra le diverse ipoteche sotto il rapporto della loro estensione, dalla loro portata, della misura nella quale affettano i beni dell'obbligato.

L'ipoteca la cui causa è nella convenzione delle parti sarà necessariamente *speciale*. La legge non ammette ipoteca convenzionale valida che quella la quale, vuoi nel titolo costitutivo del credito, vuoi in un atto autentico posteriore, dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl'immobili appartenenti attualmente al debitore sui quali consente l'ipoteca del credito. In questi termini l'art. 2129 (di cui più oltre presentoremo il comento) ferma la regola della *specialità*, principio fondamentale nel regimo ipotecario, principio eminentemente salutare da una banda in quanto che governa il cre-

(1) Ved. Valette (n° 130).

dito di un debitore ed allontana il concorso su di un immobile di eredtti diversi, e il cui stesso numero sarebbe una causa di conflitti tra'creditori, dall'altra in quanto che permette di dar tutta la sua efficacia all'altro principio, parimenti fondamentale della pubblicità.

Ma quale che sia il vantaggio che presenta la specialità, per quanto desiderabile possa essere di farne la regola assoluta del regime ipotecario, essa non è stata fermata in massima che per le ipoteche convenzionali. In quanto all'ipoteca *legale*, essa nulla ha di speciale; la legge ne dice al contrario che il creditore il quale ha una ipoteca legale può esercitare i suoi dritti su tutti gl' immobili appartenenti al suo debitore *e su quelli che potranno appartenergli in seguito*, art. 2122. Ed in quanto all'ipoteca *giudiziaria* è lo stesso, chè la legge ci dice ugualmente che questa ipoteca può esercitarsi *sugl' immobili attuali del debitore e su quelli che potrà acquistare*, art. 2123.

Vi sono dunque nel sistema della legge delle ipoteche *generali* e delle ipoteche *speciali*. Vedremo ulteriormente le conseguenze pratiche di questa divisione (n. 336 e segg.); in quanto al presente limitiamoci a constatarla, aggiungendo soltanto, per completare le nostre indicazioni concernenti le cause dell'ipoteca, che la *specialità* è propria dell'ipoteca procedente dalla convenzione, dal consenso espresso, dall'accordo delle parti, mentre che la *generalità* è la divisione delle ipoteche che esistono indipendentemente da qualunque manifestazione della volontà delle parti, vuoi che il legislatore le faccia risultare direttamente dalla legge, il che produce l'ipoteca qualificata *legale*, vuoi che le consacri come risultanti da un atto giudiziario o da una sentenza, il che produce l'ipoteca qualificata *giudiziaria*.

Ciò posto, ne resta a determinare l'indole, la natura o gli effetti dell'ipoteca; in ciò segnatamente i nostri articoli dan luogo ad importanti osservazioni.

IV. — 324. A tal riguardo devesi considerare l'ipoteca in sè stessa e sotto il punto di vista del dritto che ingenera.

Sotto il primo rapporto, gli sviluppi che precedono àn fatto vedere che la ipoteca non è una obbligazione principale. Essa è infatti, secondo la espressione del Loyseau (1) un'obbligazione accessoria o sussidiaria della cosa per confermare ed assicurare la promessa e l'obbligazione della persona che è debitrice. Tal'è la natura dell'ipoteca, vuoi che sia stata data dal debitore stesso sui suoi proprii immobili, vuoi che siasi data da un terzo sur immobili a lui appartenenti per garentire il debito del debitore personale, essa rimane sempre obbligazione accessoria. — Da queste sole osservazioni si scorge che questa prima valutazione è particolarmente importante sotto il punto di vista dell'ipoteca convenzionale. In fatti a riguardo dell' ipoteca avente la sua causa nella convenzione delle parti si elevano le quistioni alle quali dà luogo il carattere di obbligo puramente accessorio appartenente all'ipoteca; è là che devesi fissare la misura in cui l'accessorio segue la sorte del principale, vuoi che l'ipoteca siasi data dal debitore stesso, vuoi che siasi consentita da un terzo; è là che evvi a determinare l' influenza che possono avere sull' ipoteca le modalità da cui l'obbligazione principale fosse affetta; ed in questa occasione, quali sono la portata e il rango di una ipoteca accedente ad un credito condizionale, specialmente ad un mutuo da effettuarsi o ad un credito aperto. Riserbiamo dunque per la terza sezione di questo capitolo e segnatamente pel nostro commentario degli art. 2125 e 2132 le discussioni alle quali dà luogo il carattere o la natura dell'ipoteca considerata in sè stessa.

325. Considerata nei suoi effetti, l'ipoteca è un diritto *reale e indivisibile*. Ciò risulta dai termini stessi della legge, dal testo dell' art. 2114, il quale da una banda esprime nel 1° §, che l'ipoteca è un *dritto reale* sugl' immobili affetti alla soddisfazione di un'obbligazione; dall'altra traducendo nel suo § 2° questa formola del Dumoulin sì sovente riprodotta: « *Est tota in toto, et in qualibet parte* (2), » dice che l'ipoteca sussiste *per intero* su tutti gl' immobili affetti, *su ciascuno e su ciascuna parte di questi immobili*. — Ma conviene insistere su di entrambi i punti; essi hanno nella materia una importanza capitale, e uno di essi, il secondo, ha dato luogo ad una delle più ardue difficoltà del regime ipotecario.

V. — 326. L'ipoteca, abbiam detto col nostro art. 2114, è un *dritto reale*. Il privilegio altresì, il vedemmo sopra al n.° 25, è costitutivo di un *dritto reale*; ecco uno dei punti al quale facemmo poc'anzi allusione (n. 319) quando abbiamo detto che il nostro capitolo, tuttochè disponesse in vista delle ipoteche soltanto, contiene nonpertanto talune enumerazioni che convengono ai privilegi gravanti gl' immobili non meno che alle ipoteche.

327. Checchè ne sia, il nostro articolo ci

(1) Ved. Loyseau (*Abbandono*, lib. 1, cap. 3, n° 11).

(2) Ved. Dumoulin (Extricat. *labyrinthi divid. et indiv.*, parte seconda, n° 91).

dice che l'ipoteca è un *dritto reale*. E sin dal bel principio incontriamo una quistione che, sebbene sia considerata come di pura teoria e tale da non presentare un interesse pratico valutabile, ha suscitato nonpertanto un'animatissima controversia: trattasi di sapere in qual senso debbonsi intendere le espressioni di cui siavvale il legislatore. Si è detto da una banda che queste parole *dritto reale* sono sinonime delle altre *smembramento di proprietà* e che quindi nel pensiero della legge, l'ipoteca costituisce uno smembramento della proprietà del pari che l'usufrutto, l'uso, l'abituazione e le servitù prediali. La completa proprietà di una cosa, dicesi in questo senso, è il dritto reale più completo, il dritto di disporre di tale cosa nel modo più assoluto, per conseguenza di usarne, di goderne, di distroggerla puranche, o di acquistare altri oggetti alienandola; a dir breve di ricavarne tutta l'utilità che può procurare. Or se un dritto reale particolare quale che ne sia per altro la natura e la importanza, si stabilisce sullo stesso oggetto a pro di tutt'altro che il proprietario, è evidente che il dritto di costui non sussiste più in tutta la sua pienezza, che una porzione ne è staccata in suo detrimento, e per conseguenza che la proprietà è stata *realmente smembrata*, allorchè questo dritto reale particolare se è stato ritirato. Così ragiona il Valette, la cui opinione è ammessa dalla maggioranza degli autori (1).

Da un'altra banda il Marcadè ha sostenuto che l'ipoteca non è un *jus in re*, un *dritto nella cosa*; che appunto perciò essa non è uno smembramento della proprietà, essendo agli occhi suoi *jus in re* e *smembramento della proprietà* due espressioni sinonime. Ed ei solo contro tutti gli autori tanto antichi quanto moderni ha cercato di stabilire, in una di quelle dissertazioni sì vive che era suo solito di scrivere, il sistema che l'ipoteca sarebbe semplicemente un *jus ad rem immobilem* e che costituirebbe unicamente pel creditore il dritto di agire contro l'immobile, *ad rem*, o *in rem immobilem*, come agisce contro il debitore personale, *in personam*, affin di ottenere il suo pagamento (2).

Da ultimo in un sistema intermedio si dice che, se l'ipoteca è un dritto reale, al pari dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione e delle servitù prediali, essa nonpertanto non è come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le servitù prediali un vero smembramento dalla proprietà. Tal è l'avviso del Demolombe il quale, dividendo i dritti reali in principali ed accessorii, colloca l'ipoteca coi privilegi e col pegnoramento nella seconda categoria perchè, dice l'eminente giureconsulto, queste specie di dritti non smembrano o frazionano il dritto di proprietà; esse senza dubbio lo inviluppano e lo restringono, se così può dirsi, ma con ciò ostacolano l'esercizio del diritto, più che nol dividano tra il proprietario dell'immobile e il creditore (3).

Quand'anco questo punto di dritto non presentasse in fondo che poca importanza, quand'anco la quistione che si agita fosse più nelle parole che nelle idee, vi sarebbe interesse a soffermarvisi. Chè si è detto con ragione, non esser cose indifferenti la giustezza ed esattezza del linguaggio giuridico; in una certa misura esse concorrono alla rettitudine delle idee, e molte difficoltà sarebbero forse appianate, e non si produrrebbero in dritto, se coloro che ne parlano il linguaggio e gli stessi maestri avessero posto alquanta severità nel non lasciare introdurre forme ambigue o espressioni improprie che vi mantengono il vago e talvolta vi spandono l'oscurità.

In pria ci è impossibile l'ammettere la teoria del nostro rimpianto antecessore; per quanti sforzi abbia egli potuto fare, non ha cancellato queste espressioni *dritto reale*, di cui si serve la legge per qualificare l'ipoteca, nè quel dritto *de suite* che ingenera e che è sì nettamente indicativo dell'*azione reale*. Queste espressioni che convengono a tutti gli smembramenti della proprietà non rispondono dunque in alcun modo all'idea che si rannoda a quel *jus in rem* o *ad rem*, di cui il legislatore non ha parlato in alcun luogo ed al quale non pertanto il Marcadè rallega tutta la sua teoria.

Da un'altra banda, per quanto andassimo avanti nel pensiere della legge, noi non possiamo trovarvi la traccia della distinzione dei dritti reali in principali ed accessorii proposta dal Demolombe. Senza dubbio noi ben ammettiamo che il dritto reale qualificato ipoteca affetti la proprietà altrimenti che i dritti reali allogati dal nostro autore nella categoria dei dritti reali *principali*. Ma questi stessi dritti principali, i quali tutti costituiscono agli occhi del Demolombe, veri smembramenti

(1) Ved. Valette (n° 124); Duranton (n° 241), Zachariae (t. II, p. 98), Martou (n° 690). Ved. ancora Dumoulin (loc. cit.). Pothier, Delvincourt, Battur, Tarrible, Persil e Troplong, senza spiegarsi precisamente sulla quistione qualificano tutti nonpertanto la ipoteca *jus in re, dritto nella cosa*.

(2) Ved. Marcadè (t. II, n° 360 e 361).

(3) Ved. Demolombe (Corso del Codice Napoleone, t. IX, n° 471 e 472).

del dritto di proprietà, non pertanto non agiscono tutti sulla proprietà e non la restringono allo stesso modo. P. es. è di tutta evidenza che allora quando l'usufrutto, il quale consiste a ritirar dalla cosa senza alterarne la sostanza tutto il beneficio, tutta l'utilità e tutto il piacere che può procurare, è separato dalla proprietà, il dritto del proprietario se ne trova affetto e ristretto tutt'altrimenti che nol sarebbe mercè lo stabilimento sul suo fondo di servitù, l'effetto delle quali sarebbe quello di togliergli soltanto il dritto di disporre della sua cosa, se non in modo assoluto, almeno parzialmente in quanto a taluni atti. La servitù nonpertanto è uno smembramento del dritto di proprietà egualmente e allo stesso titolo dell'usufrutto. Di qui si scorge non bastare che l'ipoteca agisca sul dritto di proprietà altrimenti che l'usufrutto e le servitù, perchè se ne debba conchiudere ch'essa stessa non costituisca uno smembramento di questo dritto come le servitù e l'usufrutto: la quistione è sempre quella di sapere, se essa affetti la proprietà e la restringa in un modo qualunque. Or su questo punto la legge fornisce dei dati talmente precisi che non sembraci possibile il menomo dubbio.

Che cosa è infatti la proprietà? È giusta l'idea che ne dà l'art. 544 Cod. Nap. la facoltà di godere, e di disporre delle cose in modo assoluto ed esclusivo. Essa riassumesi quindi nella triplice facoltà di godere, di disporre e di alienare, e con ciò appunto implica il dritto pel proprietario di escludere qualunque impresa che potesse fare ostacolo all'esercizio di una di siffatte facoltà. È forse questa la situazione del proprietario i cui immobili sono gravati da ipoteca? Certo che no; chè, come il Valette à giustamente osservato, questo proprietario è trattenuto dal far subire delle modifiche agl'immobili, in quanto esse fossero nocive all'ipoteca; chè non a lui, ma più particolarmente al creditore si appartiene ormai, almeno sino alla concorrenza dell'ammontare del suo credito, il dritto di trasformare in contante gl'immobili gravati; chè se il proprietario stesso avesse venduto senza il consenso del creditore, costui non sarebbe tenuto ad accettare il contratto, essendo autorizzato a richiedere la rivendita all'asta pubblica (art. 2185, Cod. Nap.). Non è dunque possibile di dire che questo proprietario ha il pieno e libero esercizio del dritto di proprietà, l'esercizio di questo dritto con la triplice facoltà di godere, di alienare e con la facoltà correlativa di opporsi a qualunque altra impresa; mercè la quale altri volesse fare in sua vece atti di godimento, di alienazione, o di disposizione. Or questi ostacoli che il proprietario soffre nell'esercizio del suo dritto, son l'effetto della ipoteca. È dunque vero che l'ipoteca, al pari dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione, della servitù ritira alcun che alle prerogative della proprietà. E come dunque non costituirebbe, al pari dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione, delle servitù, uno smembramento del dritto di proprietà?..

328. Ma è uopo andar sino alla fine in questa valutazione; e noi consideriamo come una grave inconseguenza, giustamente rilevata dal Marcadè *(loc. cit.)* di dire che l'ipoteca è un dritto *nell'*immobile, un dritto reale costituente uno smembramento della proprietà e di affermare ad un tempo ch'essa appartiene alla classe dei beni puramente *mobiliari*. Tal'è nonpertanto l'opinione dominante in dottrina. Se si eccettuino taluni autori in piccolissimo numero i quali, conseguenti a loro stessi, veggono nell'ipoteca un bene *immobiliare*, appunto perchè è un *jus in re*, un dritto *reale*, un dritto *in* un patrimonio (1), tutti ammettono simultaneamente le due idee contraddittorie ed inconciliabili da noi rammentate (2). Lo stesso Valette, di tutti gli autori quello che à al certo meglio difeso l'opinione dimostrante l'ipoteca come costituente uno smembramento del dritto di proprietà, sembraci non aver evitato la contraddizione. « Non bisogna perdere di vista, ei dice, che l'ipoteca, dritto reale sur un immobile, non è che l'accessorio di un credito. Or questo credito è quasi sempre mobiliare, chè quasi sempre ha per oggetto una somma di danaro, (ved. art. 529). Epperò in senso inverso si può supporre (il che a dir vero sarà ben raro) che un credito immobiliare, p. es. di tanti ettari di terra, sia garentito da un dritto di pegno mobiliare, vero accessorio di questo credito. Senza dubbio per valutare la validità di una ipoteca

(1) Ved. Zachariae (t. II. p. 98), Martou (n. 691).

(2) Ved. Delvincourt (t. III. Note su l'art. 2118), Persil (art. 2118, n. 16), Demante (t. I, p. 525), Duranton (t. XIX, n. 241), Tessier (Quist. su la Dote, n. 111), Troplong (Locazione, n. 17). — Ved. nondimeno l'opinione emessa da quest'ultimo autore nel suo Comment. del Contr. di Matrim. (n. 3265). — Demolombe insegna parimente che l'ipoteca è un bene mobile (t. IX, n. 472, v. pure t. VII, n. 666); ma in lui la proposizione si concilia con la soluzione che dà alla precedente questione, perciocchè uno dei motivi che lo determinano a considerare l'ipoteca come non costituente uno smembramento del dritto di proprietà è precisamente la impossibilità che trova a vedere in essa un bene immobile.

convenzionale, è uopo considerare se il proprietario aveva la capacità di *alienare* l' immobile ch'ei vuol gravare, chè la costituzione dell' ipoteca è una specie di alienazione parziale (*confr.* art. 2124). Ma una volta stabilita l' ipoteca, essa non è pel creditore che un accessorio del suo credito. Così p. es. essendo questo credito mobiliare, l' ipoteca che vi si rannoda sarà trasmessa con esso al legatario dei beni mobili; e ricaderà del pari nell'attivo della comunione tra conjugi, (ved. art. 1401, 1.) ecc. (1)»

A dir vero, in tutto ciò il Valette non formola nettamente e direttamente la proposizione: l'ipoteca è un bene puramente mobiliare. Non pertanto tale sembra essere il suo pensiero, quando si pon mente alla sua insistenza per rilevare e mettere in luce l'indole dell'ipoteca, obbligazione semplicemente accessoria, avuto riguardo al credito, di cui l' ipoteca à per oggetto di assicurare il pagamento, e come la natura di questo credito, che è quasi sempre mobiliare, poichè à quasi sempre per oggetto una somma di danaro, autorizzi a rendere comuni all'ipoteca gli effetti giuridici che colpiscono il credito in ragione della sua natura puramente mobiliare.

Ma l'argomentazione ne è lungi dall'essere decisiva, e vedremo tra breve come lo stesso Valette ne indebolisca l'autorità. Anzi tutto consideriamo l'ipoteca in sè stessa ed astrazion fatta dal credito al quale accede. Puossi dire esser questo un bene puramente mobiliare? E come lo si potrebbe? L'ipoteca, testè il dicemmo , e la legge stessa ce lo ha detto, è un dritto *reale*, un dritto *in* un immobile, essa è uno smembramento della proprietà , essa toglie al proprietario e ritiene per sè talune prerogative , il cui insieme costituisce il dritto di proprietà nella sua pienezza. Come dunque non sarebbe un bene immobiliare?..

Epperò vediamo la giurisprudenza! Senza dubbio essa offre pochi precedenti; ma ecco ciò che ha detto nelle rare occasioni avute di valutare isolatamente il dritto ipotecario. In una specie la moglie di un negoziante caduto in fallimento interviene al concordato ottenuto da suo marito, vi aderisce e consente che i creditori verso i quali si è obbligata conservino i loro dritti contro di lei. In seguito essendosi pronunziata la separazione di beni tra'conjugi, la moglie, in forza della sua ipoteca legale viene ad esercitare sugl' immobili la ripresa della sua dote costituita; le si oppone il suo intervento al concordato e le rinunzie da lei consentite ; ma invano ; la Corte di Orleans e poscia quella di Cassazione decidono che il concordato ben può applicarsi a valori mobiliari; ma che il marito ha in oltre degl'immobili , e che vi è nella garentia ipotecaria la quale permette alla moglie di colpire questi immobili, un dritto cui il concordato non distrugge; non avendo avuto per altro la moglie capacità per consentirne il rilascio (2). In un'altra specie ancora e ben più decisiva il surrogato tutore di figliuoli minori interviene nell' interesse di questi ultimi al concordato ottenuto dal loro padre, e debitamente autorizzato ad intervenirci mercè una speciale deliberazione del consiglio di famiglia , consente , al pari degli altri creditori, la riduzione del credito al 10 0|0, di tal che i minori non avrebbero avuto a pretendere che 1760 fr. invece di 17, 600, che loro eran dovuti per parte della loro madre defunta. In seguito e dopo novello fallimento, essendo stati pegnorati gl' immobili del fallito e posti in vèndita dai creditori, in istato di unione, i minori producono alla graduazione aperta sul prezzo, e vi son collocati in primo rango per la somma di fr. 17, 600, garentita dall' ipoteca legale. La collocazione è impugnata, in quanto che il credito erasi ridotto a fr. 1, 760, mercè il concordato al quale avevano preso parte i minori rappresentati dal tutor surrogato,ma indarno; la pretesa è respinta dai primi giudici; trionfa a dir vero innanzi ai giudici di appello; ma è diffinitivamente messa da banda della Corte Suprema, la quale cassando la decisione infirmativa decide, che il voto del tutor surrogato al concordato non ha potuto,anche quando fosse stato autorizzato dal consiglio di famiglia reagire sui dritti ipotecarii dei minori,allorchè il tutor surrogato non aveva adempite le formalità prescritte, vuoi dagli art.457 e 458, Cod. Nap. relativi alle alienazioni dei beni immobiliari dei minori,vuoi dagli art.467 e 2045 concernenti le transazioni che li interessano. (3).

Ecco alcuni dati della giurisprudenza; essa riconosce adunque, il che è nella verità stessa delle cose , che questo dritto ipotecario che si rannoda alla proprietà immobiliare , che ne è una parte,poichè ne opera lo smembramento, debb'essere allogato nella categoria dei beni immobiliari.

Ebbene ravviciniamo ora l'ipoteca al cre-

(1) Ved. Valette (n. 124, in fine).
(2) Req., 2 marzo 1810. Ved. l'arresto alla sua data nel Giornale del Foro,
(3) Cass., 18 luglio 1843. Ved. Dalloz, nuova ediz., v. Minorità, Tutela, emancipazione, n. 514.

dito ch'essa garentisce. Che ne risulta? L'indole del dritto ne sarà forse mutata? Questo dritto passerà dalla classe degl' immobili in quella dei mobili? Si è detto di sì; che l'ipoteca è l'accessorio di un credito, vale a dire di un valore che è per l'ordinario mobiliare; ben è d'uopo ch'essa stessa sia un beno mobiliare come questo valore. Ma, non se ne dispiacciano i parteggiani di questa dottrina, noi troviamo che in ciò essi fanno un'applicazione molto inesatta della regola, l'accessorio segue la sorte del principale; e il Valette che sembra ammettere altresì la deduzione, vi fa anch'egli, a parer nostro, una profonda breccia. Non parla in fatti di un credito *immobiliare* (il credito di tanti ettari di terra) garentito da un pegno *mobiliare*? E non dice forse in pari tempo che il dritto di pegno è qui un *vero accessorio* del credito? Riconosce adunque, nel caso da lui supposto, che l' obbligo principale non comunica la sua propria natura all'obbligo accessorio, non ostante la regola che l'accessorio segue la sorte del principale; ed in vero ei non potrebbe non riconoscerlo, chè evvi forse un'ipotesi qualunque in cui possa divenir ragionevole di dire che il pignoramento di una cosa mobiliare debbe essere allogato nella classe dei beni immobiliari? Ma se così è in questa ipotesi, non debbe essere altrimenti nella ipotesi inversa, ciò è evidente. Se un credito immobiliare non comunica la sua natura, la sua qualità di bene immobile al diritto di pegno che vi fosse accessoriamente inerente, se la regola che l' accessorio segue la sorte del principale è senza influenza alcuna in questo caso, può stare che la regola agisca per lo contrario nel caso inverso in cui il credito mobiliare è garentito da un dritto classificato nella categoria dei beni immobiliari? Il vero è che la regola, giusta la quale l'accessorio segue la sorte del principale ha la sua portata, cui non fa d'uopo estendere. Essa avrà per effetto di far cadere, mercè nullità o estinzione, una convenzione accessoria, se la convenzione principale, alla quale accedeva, viene essa stessa ad essere annullata o ad estinguersi, perchè non è possibile di concepire un obbligo accessorio sussistente solo e che sopravvive all' obbligazione principale alla quale si rannodava (*Ved. infra*, sull'art. 2132). Ma non v'è alcun motivo, perchè la regola agisca nel senso che l'obbligazione principale debba, sotto il punto di vista della distinzione dei beni, comunicare la sua natura o imprimere il suo carattere all' obbligazione accessoria, perchè la coesistenza di due obbligazioni aventi ciascuna una natura o una indole diversa, tutto che l'una sia accessoriamente legata all' altra, si comprende a meraviglia e la ragione non viene offesa in modo alcuno.

Ed ora che l'ipoteca, accessorio di un credito mobiliare passi con questo credito nell'attivo di una comunione tra conjugi, quale ostacolo arreca alla dottrina da noi difesa? Senza dubbio l' ipoteca è acquistata alla comunione, noi abbiam ciò ammesso e ben l'ammettiamo ancora (1). Ma perchè? Forse, perchè, come suppone il Valette, l'ipoteca assume un'indole mobiliare per la sua accessione ad un credito mobiliare? Certo che no. Si è perchè l'ipoteca non è separata (almeno in generale, che bisogna vedere quanto diciamo *infra*, n. 334) dal credito che garentisce e che non potendo da altra banda essendone l' accessorio impedire al credito che è il principale, di entrare nella comunione in cui la fa cadere l'art. 1401 Cod. Nap., ben è uopo che ve lo accompagni. Ma, notiamolo, non è un valore distinto che entra così nella comunione, ed ecco perchè non v'è a preoccuparsi del punto di sapere se, presa isolatamente, dovrebbe a ragione della sua natura entrare nella comunione o esserne esclusa. Ciò che cade nel fondo comune è unicamente il credito al quale l'ipoteca è inerente; in quanto all' ipoteca essa non vi passa che come un mezzo di assicurare il ricupero di questo credito, come vi passerebbe qualunque altra sicurezza reale, p. es. un dritto di anticresi o una delegazione sul prezzo di un immobile, come vi passerebbe del pari qualunque sicurezza personale, p. es. l'arresto personale al quale il debitore si fosse assoggettato, o la fidejussione che un terzo avesse consentita. Nulla dunque fa ostacolo a che l'ipoteca rimanga nel suo carattere di bene immobiliare, anche quando il credito al quale accede, ricade, come valore mobiliare, nella comunione tra conjugi; ed a questo punto di vista come a qualunque altro, la nostra soluzione non ci sembra infirmata.

329. Così, quando la legge ci dice che l'ipoteca è un *dritto reale* sugl' immobili affetti, essa ci dice appunto perciò che l' ipoteca costituisce uno smembramento della proprietà e per conseguenza appartiene alla categoria dei beni immobili. Tutto ciò agli occhi nostri è compreso nella qualifica *dritto reale*, la quale così ci serve a caratterizzare l' ipoteca.

Soggiungiamo ora che questa stessa qualifica indica l'importanza del dritto ipoteca-

(1) V. inoltre la nostra spiegazione del Regime della comun. nel trattato del contratto di matrimonio pubblicato col Rodière, t. 1, n. 327.

rio e fa presentire le conseguenze che ingenera. L'ipoteca è un *dritto reale*; è dunque un dritto assoluto, opponibile a tutti, non solo ai creditori del proprietario degli immobili gravati dall'ipoteca, ma ancora ai terzi detentori di questi immobili. E ciò esprimesi nella pratica, allorchè si dice che l'ipoteca ingenera ad un tempo un dritto di *preferenza* e un dritto *de suite*; un dritto di preferenza, mercè il quale il creditore ipotecario ottiene prima di tutti i creditori chirografarii e prima di tutti i creditori ipotecarii posteriori il suo pagamento sul prezzo degl'immobili affetti; un dritto *de suite*, in virtù del quale l'onere rimane sugl'immobili e li segue in qualunque mano passino, in seguito delle alienazioni che ne avesse potuto fare il debitore.

L'ultimo di questi dritti, il quale è comune alle ipoteche ed ai privilegi sugl'immobili è organizzato dagli art. 2166 e segg. Codice Nap., ma è espressamente formolato nel 3° § del nostro art. 2114, ed è questa un'altra delle enunciazioni (di che abbiam parlato al num. 319) le quali, sebbene fatte in vista dell'ipoteca soltanto, convengono altresì ai privilegi (sugl'immobili); in quanto al primo esso è annunziato nelle disposizioni generali sul nostro titolo (artic. 2093, 2094) e regolato in seguito dagli articoli 2134 e segg. — Non insistiamo in quanto al presente nè sul dritto di preferenza, che è il dritto essenziale risultante dalla ipoteca, nè sul dritto *de suite*, il quale costituisce, per l'ipoteca, una delle sue condizioni di efficacia; e senza entrare in particolari che appartengono naturalmente al comentario degli articoli indicati, passiamo alla *indivisibilità* dell'ipoteca.

VI. — 330. L'ipoteca è indivisibile (art. 2114); il privilegio altresì è indivisibile; ed ecco una nuova enunciazione che, sebbene fatta nel capitolo speciale alle ipoteche, conviene parimenti a ciascuna di queste due cause legittime di preferenza; tanto che nell'inchiesta amministrativa del 1840, si propose di cancellare dall'art. 2114 il secondo comma, per riportarlo all'art. 2094, compreso fra le disposizioni generali (1). Checchè ne sia, in quale senso, in quale misura, l'ipoteca è indivisibile? In che consiste la sua indivisibilità, e quali ne sono gli effetti? Sono altrettante quistioni da doversi da noi risolvere.

331. Il nostro art. 2114 ci dice che l'ipoteca è indivisibile *per sua natura*. Dobbiamo in pria spiegar questo. Se la legge avesse inteso dire che l'indivisibilità del dritto ipotecario è una indivisibilità *naturale*, vale a dire la indivisibilità cui fa uopo necessariamente riconoscere in ogni dritto, del quale non potrebbesi concepire la divisione in frazioni uguali o ineguali, per esempio il dritto risultante da una servitù di passaggio, essa sarebbe al certo mal intesa. Chè se non può intendersi un dritto di passaggio conferente al proprietario del fondo dominante la facoltà di passare per una metà, per un terzo, per un quarto, sul fondo serviente, si comprenderebbe certamente per lo contrario un dritto di ipoteca che si divide, se l'immobile sul quale è stabilito viene esso stesso a dividersi, e sussistente su ciascuna frazione dell'immobile proporzionalmente a tale frazione: per metà, se l'immobile è diviso in due parti uguali; per un terzo, se le parti uguali sono tre, ecc. Non è dunque una indivisibilità *naturale* propriamente detta quella di che qui trattasi, e la legge non avrebbe potuto intenderla così, senza incorrere nel rimprovero cui il Dumoulin dirigeva agli antichi dottori ed alle glosse per averla capita in tal senso: *abusive loquuti sunt*.

Di che trattasi dunque? Consultiamo ancora il Dumoulin: « *Nos autem*, ei dice, *propris et adequate loquendo, prout recta doctrina exigit, dicimus hypothecam* mere quidem dividuam esse *tam ex parte creditoris, quam debitoris, ut dictum est*, sed non dividi; *quia licet lex duodecim tabularum ipso jure tam active quam passive dividat nomina, seu debitum sortis principalis, tamen* ut non dividit conditiones, ita non dividit pignus, vel hypothecam seu ejus tuitionem. Et sic do se remanet indivisum tam active quam passive (2). » Epperò, tutto cho l'ipoteca sia *divisibile* di sua natura (*mere*), non deve essere divisa al pari del pegno, perchè fa d'uopo assimilare il pegno e l'ipoteca alle condizioni, e poichè a similitudine delle condizioni le quali non debbono essere divise, l'ipoteca la quale costituisce a dir vero la condizione stessa dell'obbligo al quale accede, non deve neppure essere divisa.

Tutto ciò ben ne mostra come l'ipoteca è indivisibile e dà al tempo stesso alle espressioni della legge la loro vera portata. L'ipoteca è indivisibile per *l'intenzione* delle parti. E di fermo è nella volontà del creditore ipotecario, di colui che stipula, come di

(1) Ved. ancora i documenti pubblicati nell'anno 1844 (t. III, p. 236), e le osservazioni della facoltà di dritto di Caen.

(2) Dumoulin (*Extric. tab. div. et ind.* parte 3, n. 27 e 28).

quello che la ottiene dalla legge, che l' onere gravitì su tutto e su ciascuna parte dell'immobile affetto, e che fino al momento in cui non avrà ricevuto il suo totale pagamento, l'ipoteca si mantenga integra ed indivisa su tutti gl'immobili gravati, su ciascuno e su ciascuna parte di questi immobili, di tal che una frazione qualunque, per minima che sia, non possa essere distratta e separata, senza cho l'ipoteca segua questa parte e vi rimanga annessa pel tutto (1). Trattasi dunque di una indivisibilità puramente *intenzionale* e non della indivisibilità *naturale* propriamente detta. Ma l' intenzione qui è talmente inerente all'obbligazione, è talmente abituale, che la legge, come esattissimamente dice il Rodière nel suo trattato della *Indivisibilità*, num. 466, l' à formolata come regola generale, e prendendo una espressione secondo il significato ricevuto talvolta nel linguaggio, essa ha detto essere l'ipoteca indivisibile *per sua natura*, come dicesi della garenzia essere *della natura*, non già *della essenza* della vendita.

332. Ed appunto perchè l' indivisibilità dell'ipoteca è puramente *intenzionale*, nulla si oppone a che se ne possano restringere gli effetti mercè la volontà delle parti; epperò vedesi che la legge stessa in taluni casi dà adito all'azione in restrizione delle ipoteche ed a quella in riduzione delle inscrizioni, (ved. *infra*, art. 2143, 2144, 2161). Arrogi che le parti potrebbero convenire che, se l'immobile ipotecato venisse ad essere diviso fra gli eredi del proprietario, ciascuno di essi non sarebbe tenuto ipotecariamente che nella misura della sua obbligazione personale, ovvero che se una metà dell'immobile fosse venduta dal debitore, l'ipoteca sarebbe ristretta all'altra metà rimasta in potere di quest' ultimo. Parimenti il debitore il quale avesse la piena proprietà di un immobile, potrebbe stipulare che l'ipoteca da lui consentita al suo creditore ricadrà sull'usufrutto soltanto: la contraria soluzione, la quale sino ad un certo punto si deduce da un arresto della Corte di cassazione (2) è senza alcun fondamento; chè se colui il quale possiede una cosa in tutta l'estensione del dritto di proprietà può scinderla ed alienare l' usufrutto, semplice smembramento della sua cosa, conservando la nuda proprietà, ha appunto perciò il dritto, ritenendo e l' usufrutto e la nuda proprietà, di non obbligare che l' usufrutto in favore di un creditore.

Ma notiamo bene, in tutto ciò non trattasi che di restrizioni poste dalle parti alla ipoteca; le convenzioni di che parliamo non implicano nulla di più. È uopo dunque riguardare come inesatta l' osservazione degli autori, i quali presentano tutte queste convenzioni come tante *eccezioni* o *derogazioni* alla regola dell' indivisibilità (3). Il vero è che anche se è ristretta ad un immobile, allorchè ne avrebbe potuto colpire parecchi, o ad una determinata porzione del tale immobile, quando avrebbe potuto gravare per intero questo immobile, l' ipoteca non resta meno indivisibile, nel senso che si rannoda a tutto ed a ciascuna parte di ciò che è stato gravato. Epperò sino al momento in cui il creditore non avrà ricevuto il suo totale pagamento, l'ipoteca sussisterà intera ed indivisa su tutto e su ciascuna parte dell' immobile o della porzione d'immobile, al quale il creditore à voluto restringersi, di tal che neppure una frazione, per minima che sia, potrà essere distratta, senza che l' ipoteca segua questa frazione e vi rimanga annessa pel tutto. Ecco la indivisibilità.

333. Nel sistema della legge, l'indivisibilità dell' ipoteca non fa alcun ostacolo alla divisione dell'obbligazione principale, se questa è divisibile. Epperò vi sarà divisione di pieno dritto, vuoi tra i creditori semplicemente congiunti, vuoi tra gli eredi del creditore o del debitore.

Di qui, tra le altre, due conseguenze che è importante di menzionare.

In primo luogo, l'esercizio dell' azione ipotecaria contro un solo degli eredi del debitore che ben può interrompere la prescrizione stessa dell'azione personale contro questo e-

(1) Domoolio.(loc. cit., n. 29, 30, 31). — Ved. ancora Troplong (n. 388).

(1) Questo arresto, datato 12 aprile 1836, ha giudicato, cassando la contraria decisione dei giudici del merito che l' ipoteca consentita collettivamente dall'usufruttuario e dal nudo proprietario, senza distinzione tra l'usufrutto e la nuda proprietà, conserva effetto sull'usufrutto, come sulla nuda proprietà, anche dopo ulteriore annullamento, per frode, del contratto in forza del quale possedeva il nudo proprietario, se è riconosciuto o giudicato che, in seguito di questo annullamento, l'usufruttuario non ha cessato di aver la piena ed intera proprietà dell'immobile ipotecato. Tal non è, come ben vedesi, almeno direttamente, la soluzione suindicata; ma essa è sino ad un certo punto supposta, in quanto che l'idea che l'ipoteca, nella specie, doveva cadere ad un tempo sulla nuda proprietà e sull'usufrutto, sembra aver avuto per punto di partenza quest' altra idea, falsa secondo noi, che non si può ipotecare l'usufrutto della propria cosa. Ved. del resto in questo senso la nota che accompagna l'arresto nella collezione Sirey-Devilleneuve (36, 1, 366).

(1) Ved. Troplong (n. 391), Mourlon (Rip. scrit., t. III, p. 453, 454).

rede, *sino a concorrenza della sua parte nel debito comune*, al quale è tenuto congiuntamente coi suoi coeredi, non interrompe la prescrizione per quanto eccede la parte di questo erede, ed a più forte ragione non interrompe la prescrizione dell'azione personale contro gli altri eredi per la loro parte. Di ciò troviamo un'applicazione in un arresto da cui risulta che il coerede, il quale dal canto suo e per la sua parte, non può opporre la prescrizione ad un creditore ipotecario della successione, perchè ha riconosciuto il debito, può nonpertanto opporre la prescrizione dal canto e per parte del suo coerede, se ne è divenuto cessionario (1). — Non si trova infatti nella legge disposizione alcuna la quale, stabilendo tra l'azione personale e l'azione ipotecaria la correlazione postavi da taluni testi, vuoi tra i debitori solidali, vuoi tra il debitor principale ed il garante (art. 1206 e 2250) abbia disposto che l'esercizio di una queste di azioni conserverebbe l'altra. La nostra conseguenza è anche con ciò giustificata, e d'altronde essa si è dedotta e molto completamente sviluppata dal Marcadè nel suo Comentario degli art. 873, 1199, 1206, 1225, 2249 e 2250, pel che non dobbiamo insistervi più oltre.

In secondo luogo l'erede del debitore, tutto che sia obbligato ipotecariamente pel tutto, può offrire al creditore, il pagamento della parte che deve personalmente ed il creditore non sarebbe fondato a rifiutarla. Parimenti e per ragione inversa, qualunque erede del creditore può domandare al debitore, prima della divisione della successione, la sua parte e porzione virile dei crediti di tale successione, senza che debba giustificare altro che la sua qualità di erede, la quota del suo dritto (2) e la esistenza di un tal dritto, il quale potrebbe infatti essere annullato, sui valori della successione, a causa dei conferimenti di cui fosse debitore, *confr.* art. 869. Non pertanto su quest'ultimo punto si è preteso che il debitore, quando è astretto ad un pagamento parziale, il quale non lascerà meno gl'immobili gravati dall'ipoteca per la sicurezza del dippiù del debito, può almeno esigere che gli eredi si accordino tra loro per ricevere il loro avanzo in pari tempo ed affrancare gl'immobili da una totale radiazione dell'ipoteca. Ma la pretesa è stata giustamente respinta: la Corte di Cassazione alla quale è stata sottoposta, ha detto con ragione: « che l'indivisibilità dell'ipoteca è stata stabilita nell'interesse del creditore, e che non ispetta al debitore di stornarla contro di lui per impedirgli di ricevere il suo pagamento; che se un creditore ipotecario viene a morire, lasciando più eredi, non v'è nè regola, nè legge, che obblighi questi creditori a riunirsi per ricevere il loro pagamento in comune, affin di accordare al debitore completa radiazione dell'ipoteca; che ciascun coerede ha al contrario il dritto di esigere la sua parte virile senza inquietarsi del fatto dei suoi coeredi, salvo a lui di fare sparire la inscrizione ipotecaria in quanto lo concerne; e che spetta al debitore il quale ha interesse a discaricare la proprietà pel tutto a fare le diligenze necessarie per affrancarsi e liberarsi rispetto a tutti (3).»

334. Non solamente la indivisibilità dell'ipoteca non produce la indivisibilità della obbligazione principale, ma ancora non v'è indivisibilità tra l'ipoteca e questa obbligazione principale, nel senso che la prima può cedersi indipendentemente dalla seconda. Così ha giudicato la Corte di Bourges (4), e quella di Caen ha spinto la soluzione il più oltre possibile, decidendo che il privilegio stesso, vale a dire una causa di preferenza che tiene esclusivamente alla *qualità* del credito e sembra quindi non doverne essere separata, può cedersi indipendentemente da questo credito e specialmente che la cessione o surrogazione nel suo privilegio consentita dal venditore non pagato a pro di un terzo, creditore dell'acquirente, sino a concorrenza del credito di questo terzo, conferisce a costui tutti i dritti di preferenza annessi al privilegio ceduto (5). Ciò non pertanto è stato il soggetto di gravissima controversia.

Precisiamo in pria i dati della pratica: noi vi troviamo tre distinte convensioni concernenti questo punto, e tra le quali nonpertanto intercedono notevoli differenze: sono la cessione di credito, la cessione di anteriorità e la cessione d'ipoteca. Mercè la prima di queste convenzioni l'ipoteca, accessorio del credito, è compresa nella cessione di questo credito, cui essa segue ed al quale continua a rimanere annesso: nulla è mutato nelle cose; evvi soltanto un novello titolare del credito invece dell'antico titolare; con la seconda, l'ipoteca sussiste ancora con tutt'i suoi effetti, almeno rispetto a tutti gli altri tranne quello a cui si è ceduta l'anteriorità; ma evvi una inversione di rango che fa sì che il cessionario, creditore

(1) Rig., 12 febb. 1829. — Ved. ancora Troplong (Prescr., n. 658 e seg.; Priv. e ipot., n. 878 bis), Rodière (della Indivisib., n. 470). — Ma Ved. Vazeille (della Prescr., n. 244).

(2) Ved. Bourges, 6 agosto 1828, Parigi, 19 gennajo 1851; Grenoble, 8 luglio 1847, Rig., 9 novembre 1847 (Dev., 30, 2, 74; 31, 2, 176; 48, 2, 178, e 1, 289).

(3) Ved. l'arresto del 9 novembre 1847, che citiamo alla nota precedente.

(4) Bourges, 20 luglio 1852 (Dev., 53, 2, 626).

(5) Caen, 11 marzo 1854 (Dev. 55, 2, 69).

egli stesso ipotecario, prende il luogo del cedente, o piuttosto cambia il suo rango con quello del cedente, nella misura di quanto è a costui dovuto; di tal che la differenza che potrebbe esistere in più o in meno tra il suo credito e quello del cessionario, non nuoce nè vantaggia i creditori intermedii, estranei alla convenzione; con la terza da ultimo, l'ipoteca si distacca dal credito, il quale divien così semplicemente chirografario, da ipotecario che era, e va ad aggiungersi ad un altro credito, il quale per lo contrario cessa di essere chirografario per divenire ipotecario.

Di queste tre convenzioni le prime due sono eccettuate senza difficoltà; dovremo occuparcene e specialmente della seconda, quando parleremo del rango delle ipoteche tra loro. In quanto alla terza, la sola che abbiamo ora in vista, quella che è stata espressamente validata dalle Corti di Bourges e di Caen, è uopo riconoscere che essa colpisce per quanto racchiude di ben strano. Teoricamente si stenta a comprendere la cessione di una ipoteca distintamente dal credito di cui è l'accessorio, e si è tentati a dire, con lo Zachariae ed i suoi annotatori Aubry e Rau, la cui opinione per altro vien divisa da distinti ingegni che « la relazione esistente tra un'ipoteca ed il credito per sicurezza del quale è stabilita è talmente intima, che l'ipoteca non può considerarsi come avente una esistenza propria, la quale permetta di separarla dal credito cui è annessa, per aggiungerla ad un altro » (1). Questa stessa idea sembra aver dominato nelle diverse epoche in cui si è parlato, in Francia, della riforma del regime ipotecario. Epperò al tempo dell'inchiesta amministrativa aperta nel 1841, tre facoltà di dritto soltanto si occuparono di questo punto, quelle di Rennes, di Caen e di Strasburgo, ed una sola, la prima, ammise che una tale convenzione è lecita, mentre che le altre due dichiararono essere essenzialmente contraria alle regole ed in opposizione coi dati del dritto ipotecario (2). — Parimenti, nel 1849, allorchè i progetti di riforma furono sottoposti all'Assemblea legislativa, il risultato è stato ancor più significante. La cessione di ipoteca erasi ammessa in massima nel progetto del Governo (3). Ma il progetto in questo punto fu vivamente impugnato e dalla commissione del Consiglio di Stato e da quella dell'Assemblea legislativa. Una simile cessione, dicevasi in Consiglio di Stato « non sa intendersi; l'ipoteca isolata non può esser materia di una vendita. Il possessore di un immobile il quale è gravato il suo bene in vista di un debito a sè proprio o da lui garentito, avrebbe troppo a soffrire, se l'ipoteca da lui consentita come accessorio fosse trasferita e rannodata ad un credito, al quale egli stesso sarebbe estraneo: debbesi dunque esprimere formalmente la facoltà di redere il credito ipotecario, ma non già quella di cedere l'ipoteca come un dritto distinto e staccato dall'obbligazione (4). » All'Assemblea legislativa si esprimevano nello stesso senso (5). Ed in conformità di queste osservazioni, la disposizione del progetto venne sostituita da testi, i quali non ammettevano la cessione di ipoteca che come conseguenza della cessione del credito stesso di cui l'ipoteca fa la sicurezza.

Ma nel merito e guardandovi da presso si vede che queste valutazioni non erano giuste. In pria andavano contro la tradizione; l'antichissima dottrina accuratamente rilevata dal Benech in Olea, dal Merlino, dal Negusanzio, dal Bartolo erasi preoccupata della cessione di ipoteca, questa convenzione aveva suscitato talune resistenze senza dubbio; ma in fine l'opinione dominante erasi formata nel senso che non v'era indivisibilità necessaria tra l'ipoteca ed il credito, e per conseguenza che la prima poteva essere ceduta indipendentemente dalla seconda (6), salvo la riserva non pertanto che, se il credito ceduto venisse ad estinguersi nelle mani del cedente, l'ipoteca ceduta dovevasi pure estinguere nelle mani del cessionario (7). — Contro queste stesse valutazioni sorgeva in seguito l'autorità della pratica, chè a contare dal giorno in cui il nostro dritto consuetudinario non è più in vigore, i pratici àn ricorso a questa cessione di ipoteca, di cui gli antichi autori avevano ammesso la validità; con ciò àn ripreso o meglio sostituita tale facoltà consacrata dal dritto consuetudinario, ma ricusata dalla nuova legge (ved. *infra* art. 2118, n. VI), di dare una ipoteca in sott'ordine sulla prima ipoteca; e la cessione d'ipoteca, o la surrogazione nella ipoteca erasi altresì introdotta in uso, senza esservi giammai nè opponenti, nè contraddittori. — E poi da ul-

(1) Ved. Zachariae (t. II, p. 215 e nota 1). — Jungo: Gauthier (della surrogaz., n. 562 e seg.), Mourlon (ibid., p. 578 e seg.), Berthauld (della surrogazione n. 3), Benech (Pegno, n. 18 e seg.).
(2) Ved. i documenti pubb. nel 1844 t. II. p. 471).
(3) Art. 2139 del Progetto. — Ved. il rapporto fatto dal Persil a nome della commissione instituita dal presidente della Repubblica (p. 98).
(4) Ved. il rapporto del Bethmont (p. 50).
(5) Ved. il rapporto del Vatimesnil (p. 86).
(6) Ved. Benech (loc. cit., n. 18) e le autorità da lui citate.
(7) Questa riserva è stata consacrata nel nostro dritto attuale da un arresto della Corte d'Orleans del 16 marzo 1849 (Dev., 49, 2, 449). Vedremo che bisogna pensarne quando tratteremo della ipoteca legale.

timo in merito, il silenzio della legge e la libertà delle convenzioni prestavano alla tradizione ed alla pratica un potentissimo appoggio. In diffinitiva dov'era il testo da cui si potesse dedurre il divieto di cedere l'ipoteca distintamente dal credito principale? Non vi era. Perchè dunque l'ipoteca non avrebbe potuto cedersi? Alla fin fine, essa è un dritto reale, un dritto valutabile; essa è, come dice la corte di Bourges nell'arresto già citato, suscettiva di tutte le stipulazioni: può dunque formar l'obbietto di una cessione, la quale implicherebbe che colui il quale avesse la facoltà di disporre con questo mezzo dell'intero credito, non potesse disporre dell'ipoteca soltanto, vale a dire di ciò che altro non è se non un emolumento, un accessorio del credito. Senza dubbio, già il dicemmo al n. 328 e vi ritorneremo all'art. 2132, un'obbligazione accessoria non può comprendersi senza un' obbligazione principale alla quale si rannoda; ma qui non trattasi di ciò, chè se la cessione di ipoteca distacca l'obbligo accessorio dal principale si è, non già per lasciarlo isolato, e dargli una esistenza propria, ma per rannodarlo ad un'altra obbligazione principale. Abbiamo dunque due obbligazioni riunite, e l'ipoteca trovasi nella sua condizione di obbligazione accessoria rispetto ad un credito di cui ha per oggetto di assicurare il pagamento (1).

Checchè ne sia, questo punto di dritto è oggidì fuori ogni controversia per effetto della legge del 23 marzo 1855, di cui l'articolo 9 suppone che l'ipoteca può cedersi principalmente e indipendentemente dal credito di cui è l'accessorio. La quistione è dunque risoluta (2). A dir vero, trattasi in questo articolo particolarmente dell'ipoteca legale della moglie. Ma che monta? La legge parla di questa ipoteca perchè ad occasione di essa simili convenzioni abitualmente si producono; ma la deduzione che si desume dal testo non à meno una portata assoluta. Chè se la moglie può *cedere* la sua ipoteca legale o *rinunziare* in favore di un creditore, quale apparenza vi è che gli altri titolari di una ipoteca nol possano fare ugualmente? È uopo dire per lo contrario, che lo possono a più forte ragione: il dubbio, se potesse esservene, si produrrebbe meno a loro riguardo che rispetto alla moglie la quale, avendo la sua ipoteca per un favore tutto speciale della legge, poteva essere considerata come meno libera di disporne. La quistione è dunque troncata in modo assoluto e ormai si può dir con certezza non esservi indivisibilità tra l'ipoteca e il credito, tra l'obbligazione accessoria e la principale. Dovrem ritornare su questa regola, le cui applicazioni, come abbiamo già indicato, non si producono, a dir vero, che ad occasione dell'ipoteca legale della moglie.

335. L'indivisibilità stabilita dalla legge ricade dunque soltanto sull'ipoteca stessa. Ma, come ha detto il Dumoulin, (ved. *supra*, n. 331), l'indivisibilità esiste tanto attivamente quanto passivamente: *et sic de se remanet indivisum (pignus, vel hypotheca) tam active quam passive.*

P. es. Paolo ha su Pietro un credito di 10mila fr., garentito da una ipoteca la quale grava uno degl'immobili appartenenti a quest'ultimo, egli muore lasciando dopo di sè due eredi, Giacomo e Giuseppe tra' quali il suo credito si divide per metà. Giuseppe, stretto a danari, ottiene da Pietro il pagamento del 5mila fr. formanti la sua porzione. Che cosa avviene dell' ipoteca originaria? Potrebbe Giuseppe a causa del suo pagamento parziale ricevuto affrancare per tutto il credito taluni o talune parti degl'immobili ipotecati?

No, chè l'indivisibilità dell' ipoteca avendo luogo attivamente, l' ipoteca, tuttochè ridotta in quanto alla cifra, esiste intera, per la somma residuale dovuta, in favore di ciascuno dei creditori tra' quali il credito si è diviso, e Giuseppe, nella specie, non può menomarla in pregiudizio di Giacomo. Costui ha dunque, per garentia nella sua parte del credito, l' intero immobile, come se Pietro nulla avesse pagato, di tal che verificandosi l' insolvibilità di Pietro, Giacomo potrà pegnorare l' immobile che era stato gravato d'ipoteca e farlo vendere in totalità per essere pagato di quanto gli rimane dovuto. « Totus tamen fundus..... venditur..... pro residuo debito, et sic pignoria vigor, vinculum et initio, nec ex parte quidem creditoris dividitur, sed ejus virtus indivisa manet (3) ».

Altro esempio, Paolo debitore verso Pietro di una somma di 10mila fr., per sicurezza della quale ha ipotecato la sua casa di Versailles, muore lasciando due eredi, Giacomo e Giuseppe, tra' quali si divide il debito. Sopraggiunge la divisione e Giuseppe

(1) Ved. Championnière e Rigaud (Tr. dei dritti di reg., n. 1135), Valette (n. 128), Troplong (della Trascriz., n. 323 e seg.), Martou (n. 174).

(2) Ved. nonpertanto Benech (loc. cit., p. 77).

(3) Dumoulin (loc. cit., n. 28). Ved. ancora l'arresto già citato del 9 nov. 1847.

vi riceve la casa di Versailles per intero. In questo stato, Pietro non pagatu del suo credito, introduce la sua azione ipotecaria pel tutto contro Giuseppe detentore dell' immobile gravato dalla sua ipoteca. Costui vuole arrestare l'azione ipotecaria ed in questo scopo offre i 5mila fr. formanti la parte ereditaria di cui è tenuto nel debito di 10-mila fr. È egli fondato? No, chè la indivisibilità dell' ipoteca avendo luogo passivamente, il pegno non può essere smembrato e purgato parzialmente (1). Tal' è del resto l'applicazione della regola della indivisibilità dell'ipoteca, fatta dal Codice stesso, quando à detto nell'art. 873 che « gli eredi sono tenuti dei debiti ed oneri della successione personalmente per la loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente pel tutto (2). » (Ved. il comentario del Marcadè, all'art. 873 n. 4). L'articolo riserba, a dir vero, agli eredi il loro regresso, vuoi contra i loro coeredi, vuoi contro i legatari universali, in ragione della parte per la quale debbono contribuire ai debiti ed oneri della successione. Ma è uopo notare che, se questo regresso per una circostanza qualunque, fosse nel caso di non poter essere esercitato, ovvero di esercitarsi senza alcuna utilità, non sussisterebbe meno intatto il principio della indivisibilità dell'ipoteca, e con molta ragione, la corte di Cassazione, giudicando che, allorquando un immobile è ipotecato in totalità a pro di una rendita, il creditore à dritto di ripetere il totale pagamento contro ciascun proprietario parziale dell'immobile, ha soggiunto che il proprietario parziale citato non può eccepire che, anche per un avvenimento di forza maggiore p. es. il fatto del Principe, è privato del suo regresso contro i condebitori ipotecari (3).

Altro esempio infine, Giacomo, Giuseppe e Pietro han contratto congiuntamente rispetto a Paolo un debito di 60mila fr., che si divide tra loro, e Giacomo ha consentito una ipoteca sui suoi immobili. Alla scadenza Giuseppe e Pietro non sono in grado di pagare la parte di cui ciascuno di essi era tenuto. Giacomo solo può pagare la sua e la paga, in seguito pretende che i suoi immobili sieno appunto perciò svincolati e che Paolo più nol possa molestare ipotecariamente. È egli fondato? No; chè nel manco di espressa convenzione è uopo dire che Giacomo, nella specie, si reputa aver accordato l'ipoteca per tutto il credito, benchè personalmente non fosse tenuto che di una parte (4), di tal che l'ipoteca essendo indivisibile passivamente, gl'immobili di Giacomo rimangono affetti in totalità, finchè gli rimane a pagare una porzione qualunque del credito. Troviamo una notevole applicazione in questo senso della regola della indivisibilità dell'ipoteca in un arresto della corte di Cassazione. Nella specie i debitori avevano incaricato il loro mandatario di fare in loro nome un mutuo e di ipotecare in garenzia tutti gl' immobili che loro appartenevano. Il mandatario in fatti fece il mutuo ed obbligò solidalmente i suoi mandanti al rimborso con costituzione d'ipoteca su molti loro immobili. Ma i mandanti eccepirono che il mandatario aveva ecceduto i suoi poteri obbligandoli solidalmente, domandarono la nullità dell' obbligazione in quanto concerneva la stipulazione della solidalità ed inoltre pretesero che l' ipoteca non gravasse i loro rispettivi immobili se non proporzionatamente alla loro parte nel comun debito. Il creditore prestava acquiescenza alla domanda in quanto concerneva la solidalità, ma sosteneva energicamente che in seguito della sua indivisibilità, l'ipoteca doveva gravare pel tutto su ciascuno degl'immobili ipotecati: questo sistema prevalse innanzi ai giudici del merito, i quali cancellarono la solidalità, ma credettero dover mantenere la indivisibilità dell' ipoteca, nel senso in cui questa indivisibilità era indicata dal creditore. Così, fu ammesso nella specie che l' ipoteca costituita per sicurezza di un debito il quale dovevasi ormai considerare come divisibile tra' debitori, su di immobili appartenenti agli uni ed agli altri, deve gravare pel tutto gli immobili degli uni e degli altri, e non già soltanto la parte e porzione di ciascuno dei debitori. Ma la costituzione dell' ipoteca giustificava questa interpetrazione nella specie; epperò fu diretto ricorso in cassazione senza successo contro la decisione dei giudici del merito. I debitori ànno avuto un bel sostenere innanzi la Corte Suprema che, se l' ipoteca è indivisibile, nel senso che la totalità della parte afferente nel debito a ciascuno di essi dovesse gravare la totalità dei loro rispettivi immobili, l'indivisibilità non potevasi spingere, in vista della decisione che aveva fatto cadere la solidarietà, sino al punto che tutto il debito potesse essere ipotecato sugl' immobili di ciascuno di essi. La Corte di Cassazione ha altresì man-

(1) Ved. Cass., 4 maggio 1812: Rig., 9 gen. 1810.
(2) Ved. altre applicazioni negli art. 1009, 1012 e 1221, n. 1. del Codice Napoleone.
(3) Cass., 6 maggio 1818.
(4) Ved. Rodière (Tr. della Indivisib., n. 467)

tenuto l'applicazione della regola della indivisibilità, come aveva fatto la decisione impugnata (1), e come doveva esserlo in vista di una convenzione la quale non contenendo alcuna disposizione restrittiva lasciava gl'immobili sottoposti al pieno ed intero esercizio dell' azione ipotecaria del creditore.

Tali sono le conseguenze semplicissime della regola della indivisibilità dell'ipoteca, conseguenze che si spiegano naturalmente mercè la intenzione delle parti ed anche mercè l'indole della ipoteca che è un dritto reale.

336. Giungiamo ora ad altre ipotesi e troveremo una delle più gravi complicazioni del regime ipotecario.

Pietro proprietario di tre immobili, un bosco, un campo, una casa, è stato condannato a pagare 10mila fr. a Paolo, il quale in virtù della sentenza di condanna ha fatto inscrivere la sua ipoteca giudiziaria in gennaio 1850. Qualche tempo dopo, Pietro toglie a mutuo da Giacomo una somma di 10mila fr., alla sicurezza della quale affetta ipotecariamente il suo bosco, e prende iscrizione in gennaio 1851. Più tardi ancora, Pietro fa un novello mutuo di 10mila fr. che gli son prestati da Giuseppe, cui dà sul suo campo una ipoteca la quale è iscritta in gennaio 1852. Così, gl' immobili di Pietro son gravati da tre ipoteche: la prima giudiziaria e per conseguenza generale (*ved. supra, n.* 323), la quale si estende ai tre immobili a pro di Paolo; le altre due convenzionali e quindi speciali (*ved. ibid.*), di cui l'una affetta il bosco specialmente a pro di Giacomo, e l'altra grava il campo in favor di Giuseppe.—In tale stato si procede contro Pietro all'espropria del bosco, il quale è aggiudicato mercè una somma di 15mila fr. Paolo concorre alla graduazione aperta sul prezzo e vi reclama i 10mila fr. garentiti dalla sua ipoteca generale. Lo può? E Giacomo di cui l'immobile espropriato a Pietro era il pegno speciale potrà forse mettere da banda Paolo ed esigere, o che divida il suo dritto, o che lo faccia valere sulla casa del debitore, libera da qualunque ipoteca speciale e sufficiente a rispondere delle somme garentite dalla ipoteca generale?

In pura teoria, sembra che ciò non presenti alcuna difficoltà. L'ipoteca non è forse *indivisibile* di sua natura? Non sussiste forse, secondo l'espressione della legge, *su tutti gli immobili affetti, su ciascuno e su ciascuna porzione di questi immobili?* Come dunque un creditore provveduto d'una ipoteca speciale potrebbe esigere dal creditore latore di una ipoteca generale, che costui divida il suo dritto in modo da esercitarlo parzialmente sull' immobile il cui prezzo è in distribuzione o che ne sospenda l'esercizio in modo da riserbarsi gli altri immobili del debitore? Evidentemente il creditore con ipoteca generale sarà fondato a rispondere che la sua ipoteca estendendosi a tutti gl'immobili di questo debitore, non lo si può rinviare dagli uni agli altri, senza arrecare al suo dritto una restrizione cui non comportano in modo alcuno le disposizioni della legge.

A dir vero la Corte di Parigi à giudicato con decisione già molto antica che, nel suddetto caso, il creditore può essere astretto a dividere la sua ipoteca « atteso che, à detto, se i creditori aventi una ipoteca su tutti i beni, potessero esaurire la totalità del prezzo di uno di essi, la cui graduazione fosse aperta per la prima, ne risulterebbe che le ipoteche speciali date sullo stesso bene diverrebbero illusorie e senza effetto, di guisa che la fede dei creditori sarebbe ingannata; mentre che i beni situati in altri dipartimenti si troverebbero liberati dalle ipoteche generali, il che sarebbe contrario all'equità (2). » Ma questa decisione non ha formato giurisprudenza, nè il poteva. La stessa Corte di Parigi non ha tardato a riconoscere che qualunque sospensione o qualunque divisione imposta al creditore, il cui credito è garentito da una ipoteca generale, prima in data nell'ordine delle iscrizioni, è inconciliabile col diritto assoluto, indipendente e indivisibile che gli dà la sua ipoteca; essa non à tardato a riconoscere che questo creditore, non può essere astretto a darsi in preda ad una escussione la quale ritarderebbe il suo pagamento, o ad introdurre novelle azioni, in cui consumerebbe tempo e spese, quando à in suo potere somme liquide, sulle quali un creditore posteriore in data sarebbe nonpertanto pagato prima di lui (3). Si è dunque ammesso che un creditore avente ipoteca su più immobili può, per una conseguenza diretta del principio della indivisibilità, esercitare la totalità del suo dritto su di un solo tra essi, senza che gli stessi creditori speciali iscritti dopo di lui possano astringerlo ad agire altrimenti ed in particolare a dividere il suo credito e il suo dritto ipotecario. Si comprende a stento come questa soluzione siasi

(1) Req., 31 gennaio 1844 (Dev., 44, 1. 398).
(2) Parigi, 5 aprile 1811.
(3) Parigi, 21 nov. 1814.

messa in dubbio; checchè ne sia, essa è oggidì costante in giurisprudenza (1) e gli arresti la fanno prevalere anche nel caso in cui il creditore con ipoteca generale procede nel suo proprio interesse ed in pregiudizio di un altro creditore avente una ipoteca speciale sull'immobile, il cui prezzo è in distribuzione p. es. quando egli stesso à una ipoteca speciale su di un altro immobile del debitore, la quale sarebbe inefficace in tutto o in parte, se la graduazione del suo credito garentito dall'ipoteca generale si facesse sul prezzo di questo immobile (2).

337. Ma che cosa risulterà da questa applicazione della regola della indivisibilità? La conseguenza si mostra nettamente nell'ipotesi da noi testè supposta; si vede che Giuseppe, quello tra' creditori ipotecarii di Pietro, che ha mutuato l'ultimo, potrà nonpertanto esser pagato dei suoi 10mila fr., mentre che Giacomo il cui titolo era anteriore a quello di Giuseppe, perderà tutto o parte del suo credito, poichè il prezzo del suo pegno speciale va ad essere assorbito in grandissima parte dall'ipoteca generale di Paolo, il quale invece di dividere il suo dritto ed esercitarlo proporzionalmente sui tre immobili del suo debitore, ha voluto essere pagato per intero sul bosco di cui quest'ultimo è stato espropriato. Ecco dunque il risultato: il creditore la cui ipoteca speciale è primeggiata dall'ipoteca generale, perderà il suo pegno; e non avendo dritto con ipoteca sugli altri beni del debitore, vedrà che creditori speciali come lui, inscritti a dir vero su di altri immobili, ma in data più recente, saran rimborsati del loro credito sul prezzo di questi immobili, ormai liberi dall'ipoteca generale, in grazia del proprio suo pegno, il cui prezzo à servito a soddisfare l'ipotecario generale! E se noi aggiungiamo che questa conseguenza, che ben d'uopo ammettere, (tutto che a primo aspetto sembri poco equa), alloraquando il creditore non fa uso del dritto risultante dalla sua ipoteca generale che in un interesse legittimo, può prodursi per effetto di un concerto fraudolento, di un accordo fatto con questo creditore, o più o men caramente pagato dal creditore con ipoteca speciale, cui favorisce, non si stenterà a spiegarsi che in tutte le epoche la situazione abbia vivamente preoccupato gli animi, e che molti tentativi sionsi fatti, e proposti molti temperamenti nella mira di conciliare l'interesse del creditore con ipoteca generale, senza lasciare appiglio alle combinazioni della mala fede. Ma vi son forse nell'attuale stato della legislazione temperamenti possibili? Ve ne sono almeno per tutte le situazioni che possono presentarsi? Su questo punto si è formata una giurisprudenza, i cui monumenti sono ben numerosi, ed è difficile di valutarla sanamente, senza distinguere le diverse ipotesi in cui può prodursi il concorso delle ipoteche.

338. Per soffermarci in pria all'ipotesi la più semplice, prendiamo il caso in cui un solo degli immobili del debitore è pegnorato e venduto, esso nel quale si confonde, almeno sotto il punto di vista delle combinazioni che dovrem valutare, quello in cui essendo espropriati e venduti più immobili ad un tempo, la distribuzione del prezzo se ne faccia in distinte graduazioni.

Questa prima ipotesi in particolare sembra essere stata nelle previsioni di tutti nelle diverse epoche in cui si è cercato in Francia di ritoccare il regime ipotecario come è stato costituito dal Codice Napoleone.

Epperò nel 1841, allorchè il governo consultò le Corti e le Facoltà di dritto sulle modifiche che si proponeva d'introdurre in questo regime, la difficoltà fu nettamente considerata e da tutte parti si espresse il voto che fosse troncata dalla legge stessa, che non rimanesse in certo modo in preda al capriccio delle parti interessate, o agli accordi più o meno veri che potessero intervenire tra loro. Sarebbe senza interesse l'entrare nei particolari delle diverse combinazioni che furono allora imaginate: il lettore potrà seguirle nei documenti che pubblicaronsi nel 1844 per le cure del guarda-suggelli; noi constatiamo soltanto che, fra'mezzi proposti, la surrogazione legale ottenne il maggior numero di voti. Tredici Corti e due Facoltà di dritto proponevano in fatti di dire che coloro il cui pegno speciale avrebbe servito a soddisfare il creditore con ipoteca generale sarebbero surrogati, mercè una formale disposizione della legge, ai dritti di questo creditore, senza che nonpertanto la parte di ciascuno potesse eccedere, vuoi il montare del suo credito ipotecario, vuoi il prodotto della vendita del bene gravato dalla sua ipoteca speciale (3).

(1) Ved. corte di Cass., 4 marzo 1833, 21 dic. 1841, 16 ag. 1847, Tolosa, 25 giug. 1827, Bordeaux, 26 feb. 1831, Montpellier, 26 luglio 1813, Riom, 10 luglio 1849, Grenoble, 11 aprile 1818 (Dall. 33, 1, 123, 36, 2, 101, J. P., 1845, t. 1, p. 98, 1816, t. 11, p. 427, 1817, t. 11, p. 621, 1850, t. 1, p. 205).

(2) Bourges, 30 aprile 1853 o 18 genoaio 1851, Cass., 18 dic. 1854, 29 gennaio 1855, 3 marzo 1856, (J. P., 1853, t. 11, p. 228. Dev., 51, 2, 97, 55, 1, 82, e 217.57, 1, 55) —Ved. nonpertanto Metz, 11 feb. 1851. (Dev., 56, 2, 295).

(3) V. i doc. ipot. t. I, introd. p. 191, e t. II, p. 827 e seg.

In seguito nel 1831, il mezzo della surrogazione legale prevalse ugualmente nella discussione agitatasi nel seno dell'Assemblea legislativa. I primi progetti serbavano nonpertanto silenzio sulla difficoltà, di cui sembra che non si fossero in sul principio preoccupati; ma essa sorse sin dalla prima lettura e dette luogo ad una discussione, il cui risultato è stato formolato in un articolo che si rinviene in questi termini nel progetto preparato per la terza lettura: « Il creditore avente ipoteca su più immobili non può, sotto pena di danni-interessi, o rinunziare alla sua ipoteca su di uno di questi immobili, dopo il pegnoramento immobiliare da lui praticato, o dopo la intima fattagli di prendere comunicazione del quaderno degli oneri, ovvero astenersi dal produrre alla graduazione aperta sul prezzo di uno dei detti immobili, se questa rinunzia o questa astenzione abbisno per iscopo di favorire un creditore in detrimento di un altro, la cui ipoteca è più antica. — Il creditore ipotecario che è stato primeggiato in una graduazione da un altro creditore avente ipoteca su più immobili è di pieno dritto surrogato a questa ipoteca, ma soltanto alla data della sua ipoteca, e senza che questa surrogazione possa eccedere il montare del credito pel quale è stato primeggiato. — Le stesse regole si applicano ai privilegi sugl'immobili (1). » Epperò tanto nel 1851 quanto nel 1840 si proponeva d'introdurre nei nostri Codici la surrogazione legale.

339. E poichè si proponeva d'introdurvela si è dunque perchè non vi era. Avvi nonpertanto e autori ed arresti i quali, non volendo ammettere che la legge non fornisse alcun mezzo di prevenire le ingiustizie o gli abusi risultanti dal concorso dell'ipoteca generale con le ipoteche speciali, non han trovato di meglio a fare se non di ammettere la surrogazione legale come risultante dalle disposizioni del Codice e dire che, anche quando il pegno speciale di un creditore ipotecario è stato totalmente assorbito da una ipoteca generale anteriore in data, questo creditore può avere in forza di tale surrogazione dritti a far valere su gli altri beni del debitore (2). Ma qual è il testo da cui risulterebbe siffatta surrogazione? Qui i partegiani del sistema non van di accordo. Gli uni invocano l'art. 1251, Cod. Nap., giusta il quale la surrogazione ha luogo a pro di colui che, essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che è a lui preferibile a causa dei suoi privilegi o ipoteche, pretendendo con ciò che l'ipoteca del creditore speciale essendo la rappresentazione stessa dei danari da lui mutuati, trovasi nei termini della legge colui la cui ipoteca speciale è stata assorbita da un creditore che era a sè preferibile. Altri riconoscendo per lo contrario che il Codice Napoleone non consacra in alcun modo una surrogazione legale in questo caso particolare vi han supplito cogli art. 553 e 554, Cod. di Comm., giusta i quali i creditori chirografarii riprendono, nella collocazione immobiliare dei creditori ipotecarii, un valore uguale a quello che questi ultimi han ricevuto nella distribuzione del mobiliare e che sarebbe al di là del loro credito ipotecario. Ma gli è evidente che, sotto entrambi i rapporti, il sistema della surrogazione legale non poteva essere accolto. Da una banda infatti la precitata disposizione dell'art. 1251 s'intende di un pagamento fatto ad un creditore preferibile da colui che è egli stesso creditore e materialmente dei suoi danari; essa non può dunque estendersi al nostro caso, in cui essendo effettuito il pagamento sui danari provvenienti dalla vendita dei beni del debitore, gli è vero dire che in realtà è fatto dal debitore stesso e non dal creditore. Da un'altra banda gli art. 553 e 554, Cod. di Comm. non possunsi considerare come quelli che stabiliscono il dritto che si è proposto di crearo in favore del creditore speciale: chè se nel caso preveduto da questi articoli, i creditori chirografarii prendono una parte della massa ipotecaria si è perchè i creditori ipotecarii sono integralmente pagati: non v'è dunque surrogazione, ma solo un residuo percepito, un dritto a questo residuo, il che differisce essenzialmente dalla posizione che si farebbe al creditore con ipoteca speciale, mettendolo per effetto dei testi succitati nel posto del creditore con ipoteca generale, creandosi allora un dritto in pregiudizio altrui (3). Epperò sotto niun punto di vista e sotto alcun rapporto questa pretesa surrogazione può considerarsi come risultante dalla legge: e fa d'uopo non meravigliarsi che la opinione la quale in origine rannodavasi a questo sistema sia rimasta senza eco, che gli autori l'abbiano *rigorosamente combattuta per lo contrario*, e che la giurisprudenza presenti su questo punto energiche ritrattazioni (4).

(1) Ved. l'art. 2105 del progetto preparato per la terza deliberazione.

(2) Ved. Tarrible (Rep. del Merlin, v. Transcr., § 6), Battur (t. I, n. 130), Duranton (t. XIX, n. 390) — Ved. ancora Parigi, 31 agosto 1810, e Rouen, 11 marzo 1826.

(3) Ved. I doc. ipot. del 1841 (t. II, p. 853).

(4) Ved. Grenier (t. I, n. 179), Delvincourt (t. III,

340. Ma nel manco della surrogazione legale che è ben d'uopo porre da banda, si è pensato ad un altro mezzo, a quello della surrogazione per via di pagamento diretto, la quale tiene nella dottrina e nella giurisprudenza un posto più largo. Non pertanto è ben lungi che questo sistema sia stato ammesso sempre e da tutti nelle sue naturali conseguenze.

Ed in pria in che consiste? Eccolo. Il creditore la cui ipoteca speciale è primeggiata da un'ipoteca generale anteriore di data paga al titolare di questa ultima ipoteca; con ciò trovasi surrogato ai dritti di questo titolare, e divenuto così padrone della situazione, dispone le sue produzioni al giudizio d'ordine, in modo da mettere in salvo il dritto risultante dalla sua ipoteca speciale, e per conseguenza in guisa da liberare dall'ipoteca generale l'immobile specialmente gravato dal suo proprio credito sul debitore espropriato, salvo a ricorrere, pel credito garentito dall'ipoteca generale a cui è surrogato, agli altri immobili del debitore. Così riprendendo per maggior precisione la nostra specie di pocanzi, ci troviamo innanzi ad una graduazione aperta sul prezzo del bosco che appartiene a Pietro. Se Giacomo, di cui questo bosco era il pegno speciale, non allontana l'ipoteca generale di Paolo, perderà infallibilmente tutto o parte del suo credito; egli paga adunque a quest'ultimo i 10mila fr. che gli son dovuti ed è a lui surrogato; padrone allora dell'ipoteca generale la tiene in riserba e produce alla graduazione sol per il credito che il bosco, il cui prezzo è in distribuzione, garentiva specialmente, sicuro com'è di ritrovare sul prezzo della casa e del campo rimasti a Pietro suo debitore, se costoi manchi di liberarsi, i 10mila fr. garentiti dall'ipoteca generale passata dalle mani di Paolo nelle sue. Tale è la combinazione: in essa, come vedesi, il creditore con ipoteca speciale trova un mezzo efficacissimo di salvare i suoi interessi minacciati dal creditore con ipoteca generale che lo primeggia.

Ma qui vi son due cose a dimandare: la prima, se questo mezzo è permesso dalla legge e se comporta in favore del creditore surrogato la libertà di azione necessaria per essere posto utilmente in opera; l'altra, se questo mezzo, supponendolo ammessibile ed accordando alla surrogazione che ne è la regola tutte le sue naturali conseguenze, supplisce alle lacune della legge e fa realmente sparire gl'inconvenienti e i pericoli che, nel concorso dell'ipoteca generale con ipoteche speciali, possono risultare dalla indivisibilità del dritto ipotecario.

341. Sul primo punto non è possibile il dubbio, poichè da una banda evvi surrogazione convenzionale, alloraquando è formalmente espressa, tra un creditore ed il terzo da cui questo creditore riceve il suo pagamento, ed al quale ei cede i suoi dritti, azioni, privilegi ed ipoteche (art. 1250, 1) e dall'altra la legge va anche sino a stabilire la surrogazione di pieno dritto a pro di coloi che, essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore a lui preferibile, a causa dei suoi privilegi o delle sue ipoteche, art. 1251 (1): questo mezzo della surrogazione per via di pagamento è dunque aperto al creditore con ipoteca speciale, i cui interessi potrebbero soffrire pel modo di collocazione che il creditore con ipoteca generale venisse a richiedere. Ciò del resto non è contestato in massima; ciò che si mette in contestazione si è che l'esercizio di questo dritto sia aperto a tutti i creditori con ipoteca speciale indistintamente. Taluni autori e molti arresti decidono in fatti che un creditore con ipoteca speciale non può farsi surrogare ai dritti di un creditore con ipoteca generale per esercitarli su di altri immobili in pregiudizio di creditori aventi su questi immobili una ipoteca speciale *inscritta anteriormente* all'ipoteca speciale dell'attore in surrogazione; « chè, si dice, se si autorizzasse un creditore con ipoteca speciale a surrogarsi ai dritti di una ipoteca generale, nello scopo di profittarne per dirigerla in modo da assicurare al suo titolo speciale un dritto di preferenza ad un altro creditore anche speciale, *di cui conosceva la inscrizione anteriore alla sua*, ciò sarebbe rovesciare la base del sistema ipotecario, mutarne lo scopo, poichè in questo modo, renderebbe illusorie le garentie che riposano sulla intenzione delle parti, sul rango accettato dai diversi creditori e sulla interpetrazione più equa dei termini e dello spirito della legge (1). »

Non pertanto ciò non puossi accettare. In massima, allorchè la legge vuole che abbia

p. 165, nota 2). Dalloz (v. Ipot., p. 398, n. 15), Troplong (t. III, n. 758). — Ved. ancora gli arresti della corte di Cass. del 17 agosto 1830 delle corti di Poitiers, 22 aprile 1825, di Lione, 27 aprile 1828, e un arresto della corte di Rouen del 15 gennaio 1829, col quale questa corte riviene sulla dottrina del suo arresto del 11 marzo 1826, citato alla nota precedente.

(1) Tali sono i termini di un arresto della corte di Grenoble del 20 agosto 1853 (Dev., 54, 2, 457). — Ved. ancora nel medesimo senso, un arresto della medesima corte, del 14 aprile 1848 (ibid., 52, 2, 21) — Junge Riom, 2 dic. 1819 e 18 gennaio 1828, Poitiers, 22 aprile 1825, Tolosa, 15 giugno 1827, Agen, 6 maggio 1830, Bordeaux, 7 luglio 1830 — Ved. ancora Troplong (n. 755 e 757).

luogo la surrogazione, ed anche di pieno dritto, a pro di colui che essendo, egli stesso creditore, paga un altro creditore a lui preferibile a causa dei suoi privilegi o ipoteche, essa non fa alcuna limitazione e non istabilisce alcuna differenza tra' diversi creditori che vengono dopo quello il cui credito è preferibile in ragione del privilegio o dell'ipoteca avente per oggetto di assicurarne il pagamento. Che il creditore sia in secondo rango, in terzo, quarto, o qualunque altro, colui che è in primo rango è a lui preferibile; di tal che il terzo, il quarto o tutt'altri non è meno del secondo nel caso di assicurarsi, pagando il primo, il benefizio della surrogazione. Ciò non sembra quistionabile. Or essendo acquistata la surrogazione, non v'è ragionevole motivo perchè gli effetti di essa non si producano sempre identici, qual che sia il rango di colui che se l'à assicurata. Senza dubbio se essa non è stata che un mezzo fraudolento combinato tra il surrogante e il surrogato, o ancora se questo mezzo non si è impiegato che per malizia e senza causa reale, nulla sarà più ragionevole o più giusto che di smascherare la frode, ricusando gli effetti alla surrogazione. Il concerto fraudolento permetterà di andar fin là, perchè la frode fa eccezione a tutte le regole. Ma se il creditore non à pensato alla surrogazione che in quell'interesse legittimo che ha ogni creditore di assicurare il pagamento del suo credito, noi non possiamo vedere nelle restrizioni che si pretende imporgliei, se non la violazione di un principio per la negazione delle sue conseguenze legali, e la sostituzione arbitraria di una convenzione non preveduta dal legislatore ad una situazione, cui la legge definisce e determina. Chè ben è uopo notarlo, la surrogazione non è uno di quei dritti, di cui sia in arbitrio di mutare il carattere e modificare gli effetti; legale o convenzionale essa colloca il terzo il quale paga, nei dritti e gli conferisce le azioni, i privilegi, o le ipoteche che aveva contro il debitore il creditore il quale riceve il suo pagamento. Nulla al certo di più chiaro delle disposizioni della legge a tal riguardo e si è sconoscerle manifestamente il contestare al surrogato, sotto pretesto di un pregiudizio indiretto che potrebbe risultarne per un terzo, l'esercizio di un dritto contro il debitore nella misura stessa in cui questo dritto avrebbe potuto esercitarsi dal surrogante. Si ammette senza difficoltà che il creditore con ipoteca generale avrebbe potuto, se non fosse stato soddisfatto, far gravare sul tale o tal altro immobile il peso della sua ipoteca generale. Com e dunque colui il quale acquista questo stesso dritto di ipoteca generale, in luogo e vece del creditore che prima lo aveva e che è stato pagato, nol potrebbe ugualmente?. Del resto noi mettiamo da banda la considerazione desunta dal rango delle ipoteche e non ammettiamo che si possa dire che alloraquando il creditore dispone dell'ipoteca generale a cui è surrogato in modo da assicurare al suo titolo speciale un dritto di preferenza ad un altro creditore anche speciale, la cui ipoteca aveva preso origine prima della sua, le basi del sistema ipotecario trovansi abbattute, in quanto che le garenzie che riposano sul rango divengono illusorie. Da una banda noi non ammettiamo ciò, perchè questo creditore anteriore, di cui si assumono così gl' interessi, altro non trova a sè di innanzi se non quanto esisteva al momento in cui è divenuto creditore, l'ipoteca generale che non è estinta, ma che è passata da una in altra mano; e dall'altra parte perchè questa considerazione del rango, potentissima allorchè trattasi di classificare ipoteche gravanti uno stesso immobile, è fuori causa e senza valore, come bentosto dimostreremo (n. 345), quando trattasi di ipoteche esistenti su differenti immobili.

Ci sembra dunque incontestabile che ogni creditore ipotecario, al quale è preferibile il creditore con ipoteca generale, può assicurarsi la surrogazione per via di pagamento, e di più, una volta surrogato, ha la scelta, come l'avrebbe avuta il surrogante stesso, degl' immobili sui quali farà cadere la sua graduazione. I più recenti arresti tendono a far prevalere siffatta dottrina. Noi la troviamo consacrata in massima negli arresti resi dalle Corti di Bruxelles e di Bourges, del pari che dalla Corte di Cassazione (1); e quest' ultima Corte l'ha estesa in certo modo con un recentissimo arresto, il quale cassando una decisione della Corte di Metz (2) à giudicato che il creditore con ipoteca speciale, surrogato ai dritti del creditore con ipoteca generale da lui pagato, può, qualora ciò sia necessario, perchè ottenga egli o il suo cessionario il pagamento del suo credito personale, ricorrere in forza della ipoteca generale alla quale è surrogato contro i terzi detentori di altri immobili appartenenti allo stesso debitore, i quali terzi non àn purgato, e costoro non possono, per isfuggire alle mo-

(1) Ved. Cass. 4 marzo 1833, Bruxelles, 30 gennaio 1830, Bourges 18 gennaio 1834 (Ved Dev., 33, 1, 21, Dall., 52, 2, 28, Dev., 55, 2, 97).—Ved. ancora Bordeaux, 26 febb. 1851 (Dall., 56, 2, 101).

(2) Metz, 14 febb. 1854 (Dev., 56, 2, 295).

lestie, opporre il benefizio di escussione ao all' epoca in cui àn luogo, più non rimane in potere del debitore primitivo alcuno degl'immobili gravati dall' ipoteca generale (1).

342. Ciò stabilito fa però mestieri dire sulla seconda quistione (il che per altro la nostra soluzione fa presentire) che il mezzo della surrogazione per via di pagamento non supplisce alle lacune della legge attuale e non sostituisce in modo alcuno quella surrogazione che proponevansi di scrivere nei progetti di riforma, vuoi nel 1840, vuoi nel 1851. Per quanta sia l' efficacia nell' interesse del creditore che l'impiega, questo mezzo non previene i risultati sì poco equi, che possonsi produrre nel concorso dell' ipoteca generale con ipoteche speciali.

Epperò gli si rimprovera in pria di non essere agevolmente praticabile. Un creditore con ipoteca speciale sarà forse sempre in grado di rimborsare il creditore con ipoteca generale che lo primeggia per mettersi al posto di lui? E quando la miglior parte del suo patrimonio, consisterà forse nel collocamento cui la sua ipoteca garentisce, come farà egli per soddisfare il creditore, la ipoteca del quale minaccia di assorbire il suo pegno?

Supponiamo in seguito che l' ostacolo sia rimosso e si compia la surrogazione, che cosa si sarà ottenuto? La sicurezza personale del creditore surrogato, e null'altro. Ma da minacciato come era, diverrà minacciante, farà rispetto ad un altro creditore con ipoteca speciale ciò che il surrogante avrebbe fatto rispetto a lui; di tal che il danno resterà sempre lo stesso, sarà soltanto collocato altrove.

In diffinitiva dunque si può dire che, nello stato attuale della legislazione, non v'è mezzo legale per sottrarre il creditore con ipoteca speciale agli effetti della indivisibilità dell'ipoteca in questo primo caso di concorso dell' ipoteca generale con ipoteche speciali.

343. Passiamo ora al secondo caso: è quello in cui tutti gl' immobili gravati dall' ipoteca generale essendo pegnorati e venduti, la distribuzione del prezzo se ne fa in unica graduazione. In questo caso la presenza di tutte le parti all' ordine e la facilità per ciascuna di esse di vegliare ai suoi dritti sono sembrate suscettibili di appianare le difficoltà. Allora, si è detto, è agevole di conciliare gl'interessi con la divisione dell' ipoteca generale, e regolare poscia l' ordine e la proporzione in cui la collocazione del credito garentito da questa ipoteca colpirà i diversi immobili, in modo da dare ai creditori con ipoteca speciale che vengono in seguito, tutta la soddisfazione, o almeno tutta la soddisfazione che permetterà di dar loro la somma totale del prezzo in distribuzione (2).

344. Non pertanto è uopo stare accorti; qui ancora debbonsi rispettare i principii, e al pari del caso precedente fa d'uopo non obbliare che l'ipoteca indivisibile per sua natura sussiste per intero su tutti gl'immobili affetti, su ciascuno e su ciascuna porzione di questi immobili. Non è dunque esatto il dire che la sola presenza di tutt' i creditori alla graduazione rende più facile la divisione dell' ipoteca generale; dacchè tutt' i creditori sono presenti, non segue in modo alcuno che quelli il cui dritto ipotecario si estendeva a tutti gl'immobili non rimane libero, da che evvi interesse, di esercitare il suo dritto come egli intende e di farsi pagare vuoi su tutti gl' immobili gravati dalla sua ipoteca generale, vuoi sul tale e tal altro immobile che a lui conviene, e che è nel suo interesse di scegliere. L' azione non cessa dall'appartenergli, e se gli è talvolta contestata, si è per essersi preso troppo alla lettera il sistema di che ora si tratta (3), è uopo dire non pertanto che l'autorità dei principii si è sempre mantenuta su questo punto dalla Corte di Cassazione. Essa ha costantemente riconosciuto « che l'effetto dell' ipoteca generale è di gravare tutti gl' immobili del debitore, in modo che il dritto del creditore è adito su ciascuno di essi senza riguardo alle ipoteche speciali posteriori alla sua, ed in conseguenza nella distribuzione del prezzo dei beni del debitore affetti al credito e venduti a differenti acquirenti, il creditore ha il dritto di farsi collocare sul prezzo di quell' immobile che à interesse di scegliere, vuoi perchè l'acquirente gli offre maggiore solvibilità, vuoi perchè la collocazione del suo credito su questa porzione del prezzo deve avere per risultato di assicurargli il pagamento, su di un altro immobile, di un credito posteriore in data, e che senza di ciò non sarebbe più venuto in grado utili (4). » Epperò in questo secondo caso di concorso il principio della indivisibilità sussiste e protegge il creditore con ipoteca generale non meno che nel primo caso; il giudice non potrebbe arrecare alcuna ferita a siffatto principio, dacchè il creditore con ipoteca generale la invoca in suo favore e l'interesse dei

(1) Cass., 3 marzo 1856 (Dev. 57, 1, 55).
(2) Ved. Troplong (n. 759, 760).
(3) Ved. Parigi, 28 agosto 1816, Tolosa, 5 marzo 1830 Limoges, 5 gennaio 1839; Agen, 3 maggio 1814 (Dev. 39, 2, 543, 45, 2, 405).
(4) Tali sono i termini dello arresto renduto dalla Camera civile della corte di Cass., il 25 dic. 1844 (J. P., 1845, 1, 1, p. 94. Dall., 45, 1, 53. Dev. 45, 1, 115). Il troveremo ripetuti in un altro arresto del 26 dicem. 1855, col quale nondimeno si è tentato di porre in contraddizione il precedente.

creditori con ipoteca speciale primeggiati dall'ipoteca generale ne fosse compromesso, debbesi obbedire alla regola.

Soltanto fa d'uopo ammettere in questo caso che, se il creditore con ipoteca generale non si prevale del principio, ovvero se è senza interesse perchè si osservi questo principio, in quanto che in qualunque modo si facciano le collocazioni, ei riceva il totale ammontare del suo credito, il giudice può allontanarsene e regolar l'ordine in guisa da conciliare tra loro i dritti dei creditori. Ciò risulta ben nettamente da un arresto della Corte di Cassazione (1), il quale, checchè sianse ne valuto dire, si combina e si concilia a meraviglia coi termini da che noi ci siam serviti togliendoli in prestito di un precedente arresto. La Corte vi autorizza, a dir vero, la divisione e la ripartizione dell'ipoteca generale. Ma perchè? Perchè la ripartizione che erasi fatta di uffizio dal giudice non nuoceva in modo alcuno al creditore con ipoteca generale primo in data, ed unicamente per ciò; la Corte del resto pensava sì poco a che una ferita qualunque venisse arrecata al dritto risultante in favore di questo creditore dal principio della indivisibilità dell'ipoteca, che rannodandosi coi motivi del novello suo arresto al sistema consacrato dai suoi precedenti arresti, à espresso formalmente *« che il creditore investito dell'ipoteca generale potrebbe solo opporsi alla divisione »* e che se ha sanzionato questo sistema della divisione è appunto perchè il creditore non avendo avuto alcuno interesse ad opporvisi, nella specie, non vi si era in fatti opposto. — Epperò dunque, il che è ben costante, sol quando il creditore con ipoteca generale sarà senza interesse, il giudice potrà prendere su di sè di far piegare il principio della indivisibilità dell'ipoteca e di determinare in vista delle ipoteche speciali, le sole tra cui può agitarsi la discussione, l'ordine e la proporzione nella quale l'ipoteca generale colpirà ciascuno dei prezzi in distribuzione. Tutto ciò del resto è espressamente riconosciuto dalla maggior parte degli arresti che per le peculiari circostanze della causa sono stati spinti ad autorizzare la divisione (2), e a dir vero non v'è difficoltà in questo caso di concorso dell'ipoteca generale con ipoteche speciali.

345. La difficoltà seria consiste nel sapere come ed in qual modo dovrà operarsi la divisione dell'ipoteca generale: vi sono due sistemi, da una banda si è detto che l'ipoteca generale devesi ripartire su tutti gl'immobili venduti proporzionatamente al loro valore, e che le ipoteche speciali debbono essere poi collocate ciascuna sul prezzo dell'immobile che gravava specialmente e sulla porzione rimasta libera di questo prezzo (3). Da un'altra banda si è detto d'esser d'uopo prendere a regola la data dei crediti ipotecarii, consacrare l'anteriorità dei diritti acquistati, ed in conseguenza far cadere l'effetto dell'ipoteca generale in pria sull'immobile gravato dalle ipoteche speciali più recenti risalendo alle più antiche (4).

Di questi due sistemi il primo a parer nostro debb'essere preferito. Sedotta da un'apparente equità la Corte di Cassazione aveva dappria consacrato il secondo. « Se è nella natura dell'ipoteca speciale, aveva essa detto in un arresto di rigetto del 16 luglio 1821, di restringere il suo effetto all'immobile che ne è l'obbietto, è altresì nello spirito generale del sistema ipotecario di aver riguardo alla anteriorità dei dritti acquistati, perchè il creditore che ha mutoato l'ultimo ha avuto molto minor ragione di tutti gli altri di credere alla solvibilità del comune creditore. » Ma questa soluzione che, il ripetiamo, non è equa se non in apparenza era in fondo contraria ai principii del dritto. E di fermo tutti i creditori con ipoteca speciale han dovuto sapere, contrattando col debitore, i cui beni tutti erano già gravati da una ipoteca generale, che in seguito della indivisibilità, il titolare di questa ipoteca potrebbesi rivolgere a quell'immobile che a lui converrebbe, o che avrebbe interesse di scegliere. Di che dunque ha dovuto preoccuparsi ognuno di essi allorchè ha contratato? Di una sola cosa; del valore dell'immobile che gli era offerto per assicurare il suo credito, paragonandolo al montare del novello debito che il proprietario contraeva verso di lui e di quello garentito dall'ipoteca

(1) È quello del 26 dicem. 1853, da noi citato alla nota precedente (Dev., 54, 1, 83).

(2) Ved. segnatamente un arresto di Lione del 24 maggio 1830 (J. P., 1832, t. 1, p. 255), e gli arresti citati nelle note susseguenti.

(3) Questo è l'avviso del Tarrible (Rep. del Merlin. v. trascr.) e del Duranton (t. XIX, n. 391); la Corte di Cass., che l'aveva in pria rigettato (ved. la nota susseguente), à finito con ammetterlo. Ved. lo arresto del 4 marzo 1833 (Dall., 33, 1, 121) e i due arresti già citati nelle note precedenti del 25 dicem 1844 o 26 dic 1852 — Aggiungi: Bordeaux, 26 feb 1834, o Cass., 16 agosto 1847 (J. P., 1847, t. II, p. 621).

(4) Questa è l'opinione emessa dal Grenier (t. I, n. 180). Troplong (t. III, n. 760), Gauthier (Della Surrogaz. n. 255 e seg.) Essa era stata in pria consacrata dalla corte di Cass., con arresto del 16 luglio 1821 — Ved. ancora Rig., 5 agosto 1817 (Dall., 47, 1, 304). — Aggiungi in questo medesimo senso, Parigi, 31 agosto 1810, Riom, 18 maggio 1828, Poitiers, 15 dic. 1829, Douai, 5 luglio 1843 (Dev., 43, 2, 524).

generale di cui gli era nota l'esistenza. Nul-l'altro comandava la prudenza; e quindi è giusto, avvenendo il caso di una totale espropriazione del debitore, che il creditore con ipoteca speciale perda il suo credito, o il suo pegno e ciò a pro di un altro creditore speciale come lui, forse anco più antico, a cui era dato un altro pegno? Senza dubbio è nello spirito generale del sistema ipotecario, come dice l'arresto del 16 luglio 1821, di aver riguardo all'anteriorità dei dritti acquistati; ciò esprime l'art. 2134 Cod. Nap., quando dice che l' ipoteca non ha rango che dal giorno dell'iscrizione; ma si noti che ciò non debb' essere se non quando trattasi d' ipoteche gravanti lo stesso immobile. Epperò, una casa è stata ipotecata in favore di più creditori successivi, gli è ben aperto che la data delle iscrizioni regolerà i dritti di ciascuno di essi e il loro rango; i primi iscritti saran preferibili agli altri, e li metteranno da banda finchè non saranno coverti della totalità del loro credito. Ma se trattasi di ipoteche gravanti differenti immobili, è uopo attenersi ad un altro principio; quello della specialità, ed esso mena a diversa soluzione. Allora le ipoteche sono del tutto indipendenti tra loro, il rango delle une non ha mica contatto con quello delle altre; non v'è priorità, nè preferenza, quali che sieno l'obbietto e la data delle iscrizioni. Perchè? perchè se la iscrizione dà la sua efficacia all'ipoteca, non la estende almeno ad immobili sui quali il debitore non l'ha specialmente conferita, e così l'iscrizione presa su di un immobile è come se non esistesse per gli altri immobili. Tale è l'effetto della specialità; ed alloraquando sconoscendo questa assoluta indipendenza che naturalmente esiste tra le iscrizioni preso su differenti immobili, la Corte di Cassazione ha supposto col suo arresto del 16luglio 1821 che le une possono rifluire sulle altre, essa ha dimenticato questo principio della specialità, il quale al pari di quello della indivisibilità è fondamentale nel regime ipotecario.

Ma quest'obblio non è stato di lunga durata; in fatti la Corte di Cassazione repudiando ben presto il sistema fondato sull'anteriorità si è rannodata a quello della ripartizione dell'ipoteca generale su tutti gl'immobili, mercè un primo arresto del 4 marzo 1833, essa vi ha persistito col suo arresto del 25 dicembre 1844, di cui già abbiamo avuto occasione d'invocare la dottrina, ed ha nettamente formolato questo sistema nel suo arresto del 26 dic. 1853. In quest'ultimo arresto si è detto che consacrando la regola della ripartizione non si condanna nonpertanto quella dell'anteriorità dei dritti acquistati (1). Tal non è il nostro avviso. Che cosa deciderebbe la Corte di Cassazione oggidì, se nell'ipotesi in quistione si deferisse al suo esame una decisione che consacra la divisione dell'ipoteca generale giusta la data delle iscrizioni? L'ignoriamo. Ma ci sembra evidente che, rannodandosi a i motivi stessi dell'arresto del 1853, il ricorso stabilirebbe nettamente che una tale decisione non potrebbe essere mantenuta. La Corte di cassazione ha detto in fatti che i creditori le cui ipoteche gravano differenti immobili non possono prevalersi dell'ordine della loro iscrizione; che se è nello spirito generale del sistema ipotecario di tener conto dell' anteriorità dei dritti acquistati, nonpertanto l'effetto dell'ipoteca speciale si restringe all'immobile che ne è l' obbietto, e la data delle iscrizioni non può essere una causa necessaria e legale di preferenza che sol quando gravino lo stesso immobile; che basta adunque che si osservi l' ordine delle iscrizioni nella distribuzione dei prezzi di ciascuno degl'immobili che ne sono gravati. Queste considerazioni che noi presentammo nel 1844, ad occasione dell'arresto del 25 dicembre (2), ci sembrano decisive, e la Corte di cassazione vi persisterebbe tanto più volontieri, in quanto che essa vi è giunta mutando giurisprudenza: col suo arresto del 16 luglio 1821 essa aveva condannato il sistema della ripartizione; non già probabilmente per abbandonarlo di bel nuovo, essa lo fa prevalere nel 1833. Per altro e in diffinitiva, la ripartizione è quanto havvi di più equo, e ad un tempo meglio rientra nel sistema della legge; essa sola mantiene esatta e giusta la bilancia tra' dritti dei creditori; essa sola, come dice il Tarrible, assicura a ciascuno il vantaggio della specialità e del rango che ha ottenuto, non facendogli sopportare, nelle somme assorbite dall'ipoteca generale che lo primeggia, se non la parte sulla quale ha dovuto contare, paragonando il montare dei crediti garentiti da questa ipoteca col valore degl'immobili su' quali cadeva in prima linea. È questa a parer nostro la più completa giustificazione del sistema; e possiamo concluderne che l'arresto col quale questo sistema è consacrato, ha realmente un valor dottrinale o non si rinchiude negli stretti limiti di una specialità.

(1) Ved. l' annotazione da cui il Gauthier ha fatto seguire questo arresto nel G. del Foro (1854.1.1 p 545).

(2) Ved. Rivista di legislazione e giurisprudenza (t. XXII, p. 551 e segg.)

316. Dopo queste osservazioni che completano l'esposizione dei principii in quanto concerne le cause, l'indole, la natura e gli effetti del diritto ipotecario, dobbiamo ora occuparci dei beni che possono essere ipotecati. Questo punto è regolato dagli art. 2118 e 2119, tra' quali conviene allogare l'art. 2133, la cui disposizione, più generale di quel che farebbe supporre il posto che occupa nel Codice, è comune alle diverse cause d'ipoteca.

2118 [2004]. Sono soltanto capaci d'ipoteca:

1° I beni immobili che sono in commercio ed i loro accessori reputati come immobili;

2° L'usufrutto degli stessi beni ed i loro accessori pel tempo della durata di esso (1).

SOMMARIO.

I. Qui troviamo, in una enumerazione per altro incompleta, l'applicazione di una regola già nota, cioè che i beni immobiliari sono i soli suscettibili d'ipoteca, non pertanto tutti i beni immobiliari non ne sono suscettibili.

II. In primo luogo possono ipotecarsi solo quelli che sono in commercio, ma fa d'uopo restringere la regola nel suo obbietto. Applicazioni e limitazioni degli stabilimenti che per tolleranza son formati su talune parti del demanio pubblico; dei beni dotali; dei beni colpiti da pegnoramento.

III. Inoltre, tutti gl'immobili che sono in commercio non sono sol perciò suscettibili d'ipoteca: si può dire in generale essere suscettibili d'ipoteca quelli la cui vendita forzosa può aver luogo. Applicazione della regola alle diverse categorie d'immobili.

IV. 1° Degl'immobili per loro natura,— Dei fondi rustici; essi sono suscettibili di ipoteca in modo assoluto; — Degli edifizi, ne sono suscettibili come il suolo stesso quando vi si rannodano mercè un'accessione reale, e ciò anche quando sono stati costruiti da tutt'altro che il proprietario del suolo.— Dei frutti: sono suscettibili di ipoteca, ma solamente col fondo al quale aderiscono, o che li cola, non pertanto l'ipoteca non toglie al proprietario il dritto di percepire la raccolta e di venderla. *Quid* della vendita di frutti pendenti, o di legname non tagliato? Distinzioni. Della mobilizzazione dei frutti naturali o industriali in caso di sequestro immobiliare. — *Quid* dei frutti civili? Confronto su questo punto delle disposizioni del Codice di procedura con quelle della legge del 23 marzo 1855, che prescrivono in taluni casi la trascrizione degli affitti o delle quietanze o cessioni di estagli non iscaduti; — Delle mine, miniere e petriere: distinzioni.

V. 2° Degl'immobili per destinazione o accessione: il nostro articolo li abbraccia nella espressione accessori da esso impiegata. — Sviluppi. Applicazione della recente legge sulla trascrizione.

VI. 3° Degli immobili pel loro obbietto.—Dell'usufrutto: esso è suscettibile di ipoteca, giusta il nostro articolo, ma qual è precisamente il dritto che il testo ha in mira ed in quale misura questo dritto è suscettibile di ipoteca? — *Quid* del dritto ad un affitto ed in particolare del dritto di enfiteusi, di superficie, di affitto a dominio congedabile, ec.? — *Quid* delle servitù, dei dritti di uso e di abitazione? — *Quid* delle azioni reali, commerciali, delle rendite e dell'ipoteca stessa?

VII. Degl'immobili per determinazione della legge:— Azioni della Banca di Francia;— Rendita sullo Stato immobilizzate per la sformazione di un maggiorato; — Azioni della compagnia dei canali di Orleans e del Loing.

(1) Niuna divergenza è fra questi articoli.

I. — 317. Già sappiamo che l'ipoteca, definita dall'art. 2114, è un dritto reale *sugl'immobili* affetti alla soddisfazione di un obbligo; e questa definizione, tutto che incompleta, ci ha mostrato almeno che l'ipoteca si rannoda ai beni immobiliari soltanto, a differenza del privilegio, il quale può gravare i mobili o gl'immobili, art. 2099. Ma dacchè l'ipoteca è una causa di preferenza relativamente agl'immobili, non segue che tutto ciò che nella divisione dei beni prende o riceve il carattere d'immobile, possa essere affetto ipotecariamente. In ciò, come in tutto che concerne i punti essenziali del regime ipotecario, la legge doveva precisare; così avevan fatto le leggi del 9 messidoro anno 3, e 11 brumaio, anno 7°, così ha fatto a sua volta il Codice Napoleone, di cui il nostro articolo, fissando la portata dell'art. 2114, indica mercè una formola esclusiva e limitativa, i beni immobiliari che *soli* possono essere ipotecati.

318. Del resto la legge dell'11 brumaio, anno 7°, da cui i redattori del Codice si sono particolarmente ispirati, e specialmente quella del 9 messidoro, anno 3°, erano state più esplicite e meno incomplete, sotto tal rapporto, del Codice Napoleone. Così, adottando la stessa formola limitativa, la legge dello anno 3° diceva nel suo articolo 5°: « Sono soltanto suscettibili d'ipoteca; — 1° la proprietà dei *beni territoriali* posti in commercio o alienabili; — i loro accessori inerenti e stabiliti a perpetua dimora;—l'insieme dei frutti non raccolti, — dei boschi non tagliati — e delle servitù fondiarie; — 2° l'usufrutto degli stessi beni, risultante solamente da affitti enfiteutici, allorchè rimangono ancora 25 anni di godimento. » — Da un'altra banda la legge dell'anno 7° aveva detto nel suo art. 6°: «Sono soltanto suscettibili di ipoteca,— 1° i beni territoriali trasmessibili, l'insieme dei loro accessori inerenti; — 2° l'usufrutto del pari che il godimento a titolo di enfiteusi degli stessi beni pel tempo della loro durata ». L'art. 7 soggiungeva: « Le rendite costituite, le rendite fondiarie e le altre prestazioni che la legge ha dichiarate redimibili, più non potranno in avvenire essere colpite da ipoteca ». Si vede che l'enumerazione è anche più ristretta nel nostro articolo, poichè indica soltanto come suscettibili di ipoteca, da una banda, i beni immobiliari che

sono in commercio ed i loro accessori reputati immobili, e dall'altra l'usufrutto degli stessi beni ed accessorii per la durata di esso.

Senza dubbio l'enumerazione è fatta in termini la cui generalità ha permesso alla dottrina ed alla giurisprudenza d'intervenire o di consacrare speciali applicazioni che possonsi considerare, (giusta quanto or ora vedremo) come più o meno rientranti nella disposizione della legge. Ma ci è forza dirlo, la enumerazione è insufficiente; a giustissima ragione si può rimproverare al legislatore di non aver posto in relazione la legge coi bisogni sociali e di avere, con una eccessiva riserva, dato in preda alla discussione ed alle controversie punti che spettava a lui di troncare. Tale era il pensiero che dominava nella discussione aperta innanzi l'Assemblea legislativa sulle riforme da introdurre nel regime ipotecario, e quindi la commissione incaricata di preparare la redazione diffinitiva proponeva, esagerando forse le cose, sostituire al nostro art. 2118 una disposizione così concepita: « Sono soltanto suscettibili d'ipoteca: — 1.° i beni immobiliari che sono nel commercio e i loro accessorii reputati immobili; — 2.° l'usufrutto di questi stessi beni ed accessorii per la durata di esso, ad eccezione dell'usufrutto legale dei genitori;—3.° il dritto del conduttore con affitto enfiteutico. — Sono assimilati all'affitto enfiteutico, l'affitto a vita su di uno o più individui, e l'affitto di trent'anni o più, allorchè questi affitti non contengono il divieto di cedere il dritto all'affitto o di sublocare; — 4.° le concessioni di strade ferrate, canali, ponti ed altri lavori di utilità pubblica fatti per venti anni o più; — 5.° il dritto del colono a dominio congedabile sugli edifizii e superficie conformemente alle leggi che regolano questa natura di dritto (1). »

Ma è uopo prendere l'articolo qual è e ricercare ciò che può essere compreso nei beni immobiliari, di che parla o di cui dinota la proprietà e l'usufrutto come suscettibile d'ipoteca.

II.— 349. Evvi in pria una regola comune a tutti i beni, vuoi che per loro natura appartengano alla categoria degl'immobili, vuoi che debbano essere allogati in questa categoria a causa del loro obbietto o della loro destinazione: e sono suscettibili d'ipoteca solo quelli che sono *nel commercio*. Tale è la disposizione formale del nostro articolo; la legge del 9 messidoro, anno 3, diceva lo stesso in termini identici, e la legge del dì 11 brumaio, anno 7, rispondeva allo stesso pensiero, allora quando esprimeva che sarebbero soltanto suscettibili d'ipoteca i beni territoriali *trasmissibili*. Ciò per altro si comprende a meraviglia: i beni che sono fuori commercio non essendo alienabili non possono appunto perciò fondare il credito del debitore, il quale non ha la disposizione di tali beni, nè esser presi in considerazione dai creditori, che in qualunque stato di causa sarebbero impediti di giungere a quell'attuazione del pegno che è lo scopo finale dell'ipoteca. Ma conviene non estendere la limitazione della legge oltre le sue naturali conseguenze.

350. Epperò si considerano come fuori commercio e come non potendo appartenere che al dominio pubblico dello Stato i fiumi ed altri riviere navigabili, del pari che le rive del mare. Sono parimenti fuori commercio le vie pubbliche, strade, spiazzi, marciapiedi appartenenti vuoi allo Stato, vuoi ai dipartimenti o ai comuni, le spiagge, rade e porti, le fortezze, gli spalti, i fossati ed altre parti di fortificazioni delle piazze di guerra; le chiese, i cimiteri e monumenti pubblici quali che sieno, anche quelli che non sono che un oggetto di pura curiosità, Cod. Nap. art. 538 e segg. Su tutte queste cose è evidentissimo non esser possibile gravare una ipoteca, poichè non sono suscettibili di privata proprietà, *ved.* a tal riguardo le osservazioni del Marcadè nel suo Comentario dell'art. 2277. Ma se, appunto perchè queste cose sono insuscettibili del dritto di proprietà, niuno può acquistarle in tutto o in parte a titolo di dritto positivo e rigoroso, se niuno può neppure esercitarvi un dritto qualunque il quale fosse uno smembramento della proprietà, gli è certo che a titolo di concessione o per tolleranza del governo può stare ed avviene in fatti che su talune si formino degli stabilimenti e vi si mantengano. Questi stabilimenti rimangono senza dubbio rispetto al governo nello stato di concessione sempre rivocabile. Ma qual'è la loro situazione rispetto a' terzi? È uopo dire che partecipano dell'inalienabilità da cui è affetto il suolo su cui poggiano e per conseguenza che non potranno rispondere ipotecariamente delle obbligazioni che gravano sui particolari ai quali è permesso di fondarli? Ecco un caso in cui si è fermata la quistione ed è ricevuta una soluzione del tutto conforme ai principii.

Il governo tollera che particolari formino

(1) Ved. l'art. 2106 del Progetto preparato per la terza lettura.

sulle rive del mare, dipendenti dal dominio pubblico, della saline, dei parchi, o stabilimenti di pesca. Un marino, il quale possedeva per patrimonio dei suoi maggiori uno stabilimento di simile natura ne fece cessione ad un terzo che trascrisse il suo contratto, ma trascurò di adempiere le altro formalità prescritte per purgare le ipoteche.— Dopo qualche tempo, essendo morto il venditore, la vedova volle esercitare sulla peschiera e sulle estrazioni da essa dipendenti la sua ipoteca legale a causa delle suo riprese matrimoniali. L'acquirente, o meglio gli eredi di lui si opposero: le rive del mere, dicevano essi, facendo parto del dominio pubblico, niuno poteva esercitarvi un dritto di proprietà fondiaria; se il governo accorda agli abitanti delle rive del mare, cho esercitano la professione di pescatori, la facoltà di formare dei piccoli stabilimenti su queste rive, è un dritto personale piuttosto che un dritto reale, un brevetto industriale piuttosto che una concessione di fondi: esiste quindi tra le mani dei proprietarii di questi stabilimenti un obbietto che possono possedere e trasmettere, ma quest'obbietto non è immobile e per conseguenza non è suscettibile di ipoteca. Ma eravi in ciò una valutazione inesattissima della situazione. Senza dubbio le rive del mare fan parto del dominio dello Stato, e niuno può attribuirsi l'esclusivo godimento di una frazione qualunque di questa parte del dominio pubblico, tranne in forza di una espressa convenzione, o almeno di una tolleranza del governo; la contraria dottrina, molto male a proposito emessa dal Toullier, è stata con molta chiarezza confutata dal Marcadè e dal Troplong (1). Ma non trattavasi di ciò; era quistione di uno di quegli stabilimenti, di cui il governo autorizza la formazione in un interesse particolare ed anche in un interesse pubblico, poichè l'universale no profitta. Or simili stabilimenti, tutto cho procedono esclusivamente da una semplice tolleranza, sono attributivi di un dritto esclusivo in favore di colui che li à formati o degli aventi diritto ai quali sono stati trasmessi (2); chè non sarebbe possibilo di pretendere esser questo un suolo comune su cui tutt' altri che il concessionario stesso, o la famiglia che ne à raccolto il dritto, potrebbero venire ad esercitare un' industria in concorrenza ed a loro vantaggio. Quale può esser dunque la natura di questo dritto privativo, di cui ben è uopo riconoscere l'esistenza? Evidentemente è immobillare come il suolo stesso sul quale poggiano lo stabilimento e lo costruzioni di esso. Senza dubbio non ànno la incommutabilità del suolo, perchè il governo rimane sempre libero di rivocare la concessione fatta, o di rivenire sulla sua tolleranza, e sopprimere con ciò lo stabilimento. Ma cho monta? Il dritto in sè stesso, il dritto del concessionario è quel che è, o precario che sia, non è meno in commercio finchè sussiste col suo carattere immobiliare. Così ne à pensato la Corte di Caen, la quale determinata da questo stesse considerazioni ha deciso con perfetta giustizia che, sebbene siffatti stabilimenti non sieno rispetto al governo che concessioni personali e rivocabili, pure debbonsi considerare, rispetto ai terzi, come proprietà immobiliare e quindi suscettibile di ipoteca (3)..

351. Così ancora ovvi talune cose le quali, tutto che costituiscano una proprietà privata, sono inalienabili a causa della situazione particolare delle persone alle quali appartengono; tali sono tra l'altro i beni dotali; tali ancora gl' immobili pegnorati a contare dalla trascrizione del pegnoramento, art. 686, Cod. pr. Segue forse nonpertanto che l'immobile dotale, o l'immobile pegnorato non possano essero gravati d'ipoteca e che sotto questo ponto di vista dell' ipoteca questi immobili debbansi considerare come fuori del commercio? La quistione è controvertita rispetto all' immobile dotale e all' immobile pegnorato; ma nello stato attoale della legislazione e della giurisprudenza, si può, ad onta di talune opinioni dissidenti, considerarla come definitivamente risoluta sotto entrambi i rapporti.

352. In quanto ai beni dotali, essi sono inalienabili senza dubbio, in massima, e appunto perciò non possono, anche in massima, essere gravati d'ipoteca; ciò si deduce dall' art. 2124, il quale non accorda il dritto d'ipotecare gl' immobili cho a colui cho à la capacità di alienarli. Ma si sa che la legge la quale permetto di fare nei contratti matrimoniali le stipulazioni non contrarie all' ordine pubblico, ha supposto che l'ordine pubblico non è interessato a che i beni delle donne maritate sieno inalienabili ed in conseguenza ha permesso di attenuare il regime dotale mercè una stipu-

(1) Ved. Toullier (t. III. n° 479). — Ma Ved. Troplong (Della Prescrizione, n° 150) e Marcadè (sull'art. 2227, n° 5).

(2) Così è giudicato in un arresto della Corte di cass. del 17 marzo 1857. (V. il Dritto del 18 marzo).

(3) Caen, 5 aprile 1821. (V. l'arresto alla sua data nel Gior. del Foro) — Conf. Troplong (Priv. e ipot., n° 412).

lazione di alienabilità. Or dacchè la facoltà di alienare può essere stipulata col contratto di matrimonio è uopo ammettere che quella d' ipotecare può stipularsi ugualmente. La Corte di Cassazione aveva manifestato in pria nella sua giurisprudenza talune tendenze in senso contrario (1), ma dacchè la quistione si è fermata nettamente, la Corte suprema di accordo con la dottrina degli autori e la giurisprudenza dei tribunali à riconosciuto che la facoltà di ipotecare può stipularsi in un contratto di matrimonio allo stesso titolo della facoltà di alienare e che le parti le quali sono in arbitrio di escludere assolutamente il regime dotale possono a più forte ragione restringere ed attenuare questo regime introducendovi quelle modificazioni che lor piace di convenire (2). — Epperò, tutto chè l'immobile dotale sia inalienabile in massima, si può dire non pertanto che sotto il punto di vista dell'ipoteca non è fuori commercio in modo assoluto.

353. In quanto all' immobile pegnorato, la quistione è stata più vivamente controvertita, almeno prima delle modificazioni introdotte al Codice di procedura dalla legge del 2 giugno 1841 sulle vendite giudiziarie dei beni immobili. Pria di questa legge il Codice di procedura col suo art. 692 consacrava ugualmente la interdizione per la parte sequestrata di alienare gl' immobili pegnorati a pena di nullità e senza che vi fosse d'uopo di farla pronunziare; eravi soltanto questa differenza che l' interdizione secondo il Codice aveva il suo punto di partenza al giorno della denunzia fatta alla parte espropriata, mentre che giusta la nuova legge essa data dal giorno della trascrizione del pegnoramento. La quistione erasi dunque elevata ed il Carrè segnatamente pensava che il divieto di alienare supponeva il divieto di consentire novelle ipoteche sull'immobile pegnorato. Fondavasi particolarmente « su che l'art. 2124 Cod. Nap. assimila interamente l'ipoteca convenzionale alla vendita volontaria in quanto che, giusta questo articolo, colui che non può vendere i suoi immobili non può ipotecarli con convenzione. In questo senso, ei soggiungeva, fa d' uopo prendere la parola *alienare* dell' art. 692, senza di che dipenderebbe da un debitore di mala fede, il quale vedrebbe pegnorati i suoi immobili, di frodare e frustare la più parte dei suoi creditori chirografarii con ipoteche consentite dopo la denunzia del pegnoramento, il che sarebbe contrario alla giustizia ed allo spirito degli art. 2124 e 2146 Codice Napoleone (3). »

Non pertanto questa dottrina non era generalmente ammessa, anche sotto il Codice di procedura (4). Oggidì, dopo la discussione che à accompagnato il voto dell' articolo 686 del Codice modificato dalla legge del 2 giugno, più non può neppure proporsi. In fatti gli autori del primitivo progetto colpiti senza dubbio dalle osservazioni del Carrè avevano introdotto nell'art. 686 una disposizione il cui obbietto era appunto quel lo di estendere il divieto di alienare l' immobile sequestrato a quello d'ipotecarlo. Or questa estensione è stata respinta in seguito di seria e profonda discussione. Ciò solo sarebbe decisivo.

Ma del resto evvi coll' autorità del voto quella dei motivi con cui questo voto è stato determinato (5). Rannodare il divieto d'ipotecare gl'immobili posti sotto il potere della giustizia, dicevasi in fatti, al principio dell'art. 2124 si è distòrre questo articolo dal suo senso naturale. I redattori di esso non intendevano rivolgersi che alla incapacità personale ed in questo senso avevano ragione di dire, che colui il quale era personalmente incapace di alienare non potrebbe ipotecare i suoi immobili. Ma v' è molta distanza da questo divieto generale, assoluto, attinto nella inabilità della persona alla incapacità eccezionale, occasionale, derivata dal pegnoramento di un immobile. Questa non può risultare che dal divieto della legge; or esso non trovasi nè nel Codice Napoleone, nè in quello di procedura; e con ragione. È interdetta l'alienazione al pegnorato, perchè tenderebbe a distruggere il pegnoramento che non può ripetersi se non contro il detentore attuale. Sarebbe mestieri ricominciarlo ad ogni mutazione. Ma la costituzione dell' ipoteca, anche dopo la trascrizione del pegnoramento, non presenta alcuno di tali inconvenienti; essa non concerne il pegnoramento, il quale non continuerà meno contro il debitore dopo come pria dell'ipoteca; essa per nulla guasta il rango dei creditori ipotecarii, nè il loro interesse, poichè colui al quale è accordata non

(1) Ved. Corte di cass., 16 agosto 1837 e 29 agosto 1839. quest'ultimo arresto emana dalle sezioni riunite.

(2) Ved. Req., 7 lug. 1840.—Aggiungi Besanzone, 1. marzo 1858, Ruen. 10 marzo 1858, Lione 8 giugno 1858; Limoges. 6 dic. 1844.—Tale è anche l'opinione espressa dal Rodière nella spiegazione da lui data del regime dotale, nel trattato del Contratto di matrimonio da noi pubblicato con lui (t. II, n. 500).

Ved. pure Marcadè (art. 1557, n. 1).

(3) Ved. Carrè (L. di proc. civ., quist. 2295).

(4) Ved. Favard de Langlade (t. V, p. 54, n° 1), Pigeau (t. II, p. 299), Troplong (n° 413 bis), Pelapor.e (t. II, p. 299).

(5) Ved. segnatamente il Rapporto del Persil alla Camera dei deputati.

sarà collocato che alla data della sua iscrizione, vale a dire dopo tutti coloro che avevano dritti sull' immobile, alla epoca dello stabilimento di questa novella ipoteca. Epperò niuno degli aventi diritto sull'immobile potendo dolersi delle ipoteche posteriori, non v'è alcuna ragione di considerarle come interdette.

Tali erano le considerazioni presentate nella discussione. Esso rispondevano vittoriosamente agli scrupoli del Carrè. Evvi nonpertanto un punto che queste osservazioni non toccano ed è quello concernente l'interesse che possono avere i creditori chirografarii a che non si stabiliscano sull' immobile dopo la trascrizione del pegnoramento altre ipoteche, il cui effetto sarebbe quello di privarli della distribuzione per contributo di quanto rimanesse del prezzo di aggiudicazione. Ma fa d'uopo rispondere a tal riguardo non doverci preoccuparo dell'interesse dei creditori chirografarii, in una procedura la quale non solo non è fatta nè per essi, nè da essi, ma ancora che è fatta contro di loro, poichè à per oggetto di affettare il pegno esclusivamente a coloro che, più diligenti dei chirografarii, hanno avuto cura di assicurarvisi un dritto di preferenza. Non debbono dunque essere ammessi a dolersi di una costituzione d'ipoteca fatta dopo la trascrizione del pegnoramento, come non avrebbero il dritto di censurare, salvo il caso di dolo o frode, quella che si fosse fatta prima del pegnoramento (1).

Tutto ciò giustifica pienamente il voto dell'art. 686, Cod. di pr. modificato dalla legge del 2 giugno 1841, e giusta questo voto tanto significativo tutti gli autori, eccetto il Taulier, si sono accordati a riconoscere che, nel pensiero della legge l' immobile sequestrato è, meno ancora dell'immobile dotale di cui or ora parlammo, fuori del commercio sotto il punto di vista dell'ipoteca (2).

III. — 354. Ciò detto sulla prima limitazione risultante dal nostro articolo, dobbiamo aggiungere che un immobile o un bene immobiliare può essere nel commercio, senza che se ne debba conchiudere che questo immobile o questo bene immobiliare è sol perciò suscettibile d'ipoteca. È uopo che rientri o che possa rientrare nella enumerazione fatta dalla legge in un pensiero limitativo. Dobbiamo dunque rintracciare quali sono fra i beni immobiliari quelli che fa mestieri riguardare compresi in tale enumerazione.

355. Lo scopo finale dell'ipoteca essendo quello di giungere all' attuazione del pegno secondo le forme di procedere determinate dalla legge, si può dire in tesi generale che non è suscettibile d'ipoteca ogni bene che non può essere realizzato secondo queste forme, vale a dire pegnorato immobiliarmente o venduto all'asta. Questa regola generale enunciata dal Valette si giustifica per altro, come benissimo il dimostra, mercè il semplice ravvicinamento ed il confronto del nostro articolo col 1204; e di fermo quest'ultimo articolo enumerando i beni immobiliari di cui un creditore può sperimentare l'espropriazione, designa in due distinti numeri, come il nostro articolo, e con espressioni identiche, gli stessi beni che il nostro articolo dichiara suscettibili di ipoteche (3). E la Corte di Cassazione ha pronunziato nello spirito di questa regola mercè un arresto da cui risulta che i beni colpiti da insequestrabilità sono sol perciò al coverto da qualunque iscrizione ipotecaria. Nella specie alcuni immobili erano stati legati sotto la espressa condizione che sarebbero insequestrabili per parte dei creditori del legatario. Nonpertanto taluni creditori, il cui titolo era anteriore all'apertura della successione avevano ottenuto mercè sentenza l'autorizzazione d'inscriversi su tutti beni del legatario sino a concorrenza del loro credito; ed avevano preso inscrizione su tutti i beni appartenenti, appartenuti, o che apparterrebbero al loro debitore. Ma in appello la sentenza fu infirmata; l'iscrizione fu dichiarata nulla, in quanto che colpiva immobili provvenuti al debitore dal testamento coi quale erano stati costituiti insequestrabili; e l'arresto infirmativo è stato mantenuto dalla Corte di cassazione pel motivo che, sol perchè i beni di che si tratta erano insequestrabili dai creditori del legatario anteriori all'apertura della successione, non avevano potuto essere da essi colpiti da alcuna iscrizione ipotecaria (4).

356. Tale è la regola generale; passiamo alle applicazioni.

I beni, come abbiam detto altrove e come ha detto (5) anche il Marcadè nel suo Comentario del titolo del Codice sulla distinzione dei beni (t. 1, n° 340 e segg.) sono im-

(1) Rouen, 29 aprile 1820. (Ved. l' arresto alla sua data nei Gior. del Foro).

(2) Ved. oltre gli autori di già citati. Chauveau su Carrè (loc. cit.), Persil figlio (Comm. p. 131), e le note di Devilleneuve sulla legge del 1841 (41, 2, 576). — Ma Ved. Taulier (t. VII, p. 228 e segg.)

(3) Ved. Valette (n° 127). — Aggiungi: Mourlon (Rip. scr. p. 455), Martou (n° 714).

(4) Rig., 10 marzo 1852 (J. P., 1852, t. II, p. 41)

(5) Ved. la nostra spiegazione della Comunione, nel Trattato del Contratto di Matrimonio pubblicato dal Rodière (t. 1, n° 110).

mobili giusta l'art. 517, Codice Napoleone, o per loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto al quale si riferiscono. Si può aggiungere che dopo la promulgazione del Codice Napoleone, il legislatore allontanandosi dalla regola, secondo la quale il carattere mobiliare o immobiliare di un dritto è determinato dall'oggetto di questo dritto, ha immobilizzato taluni dritti aventi per oggetto danaro o capitali: tali sono le azioni della Banca di Francia, quelle della compagnia dei canali di Orleans e del Loing, e le rendite dello Stato immobilizzate per la formazione di un maggiorato. È questa una quarta categoria d'immobili che potrebbesi qualificare immobili per determinazione della legge.

Riprendiamo successivamente queste quattro classi d'immobili.

IV. — 357. Le cose immobiliari per loro natura son quelle che non possono muoversi, nè trasportarsi da uno in altro luogo e che àn così realmente un carattere d'immobilità. Si allogano in questa categoria solo i fondi rustici e le cose che ad essi inerendo mediatamente, ne assumono la natura. Si scorge quindi a primo aspetto che niuna difficoltà può elevarsi sul punto di sapere se i fondi rustici, i quali teogono dalla loro natura stessa il carattere d'immobili sono suscettibili d'ipoteca. Se non fanno parte del demanio pubblico, se non sono inalienabili ad un altro titolo qualunque, a dir breve, se sono *nel commercio*, secondo l'espressione della legge, i fondi rustici possono essere colpiti da pegnoramento immobiliare, possono essere venduti all'asta pubblica; ricadono dunque sotto l'applicazione della nostra regola generale, e l'ipoteca può rannodarvisi incontestabilmente.

358. La natura immobiliare delle cose inerenti al suolo non è sempre ugualmente certa; l'immobilizzazione dipende da talune circostanze che la legge precisa senza dubbio, ma sulle quali nonpertanto la dottrina non è sempre andata di accordo. Vediamo dunque quali sono, giusta la legge, le cose che a causa della loro inerenza al suolo in modo mediato o immediato, assumono la qualità d'immobili per loro natura.

359. In prima linea la legge pone gli edifizii ch'essa sembra quasi assimilare ai fondi rustici, allogandoli con essi in una comune disposizione, art. 518, Codice Napoleone. È l'applicazione della regola: *quod solo inaedificatur, solo cedit*. I materiali da cui l'edifizio è formato appartenevano naturalmente alla classe dei mobili, ma la loro aderenza al suolo e la loro costruzione li ànno spogliati della loro primitiva natura per comunicar ad essi quella del suolo al quale accedono. Ormai fanno parte del suolo; com'esso potranno esser sequestrati immobiliarmente e venduti all'asta, e quindi come il suolo sono suscettibili d'ipoteca.

Notiamo nonpertanto che così sarà sol nel caso in cui gli edifizii saranno uniti al suolo mercè un'accessione reale: senza di essa non vi sarebbe immobilizzazione. Secondo la legge romana « granariae, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si super terram sunt, rutis et coesis cedunt » (L. 18, ff. *De act. empt. et vend.*) Parimenti dobbiam dire nel nostro dritto attuale che queste costruzioni effimere, le quali sono state senza fondamenta o palizzate, quali gli edifizii occasionalmente inalzati per le pubbliche cerimonie, per le fiere, pei mercati, non assumono la natura d'immobili, (ved. Marcadè, t. I, n. 331). Il Codice stesso dice in questo senso che i mulini e generalmente tutte le fabbriche non fisse con pilastri, *ovvero* (1) non facienti parte della casa sono mobili (art.531). Simili edifizii non sarebbero dunque suscettibili d'ipoteca.

Ma allorquando è reale l'accessione dell'edifizio al suolo, l'immobilizzazione si produce, tutto che l'edifizio siasi costruito su suolo da tutt'altro che il proprietario stesso. Taluni autori nonpertanto prendendo abbaglio su di una dottrina del Pothier, o almeno estendendo questa dottrina oltre il suo preciso obbietto, hanno insegnato esser mobile l'edifizio, quando è costruito da tutt'altro che il proprietario del suolo, p. es. un colono, un usufruttuario, ec.(2). La soluzione non potrebbesi ammettere. Il Pothier ha detto, gli è vero, sotto l'impero di una legislazione che, specialmente rispetto ai molini, faceva risultare l'immobilizzazione dall'intenzione che li avesse rannodati al fondo a perpetua dimora, che un « mulino a vento non debbesi reputare immobile se non quando è stato collocato su di un podere dal proprietario di esso, e che debb'essere altrimenti, se vi si fosse posto da un colono o da un usufruttuario (3)... » Ma in quanto concerne gli « edifizii diversi da mulini » il Pothier stesso ha riconosciuto che sono immobili, in quanto che fan parte del podere, secondo la regola *quod solo inaedificatur, solo cedit*, e ciò senza mica distinguere tra il caso

(1) Il testo dice *e*; ma è riconosciuto che l'una o l'altra circostanza bastano, perchè la fabbrica sia considerata come mobile.

(2) Delvincourt (t. I, p. 332, nota 4), Championnière, e Rigaud (t. IV, n° 3175).

(3) Pothier (Tratt. Comm., n° 37).

in cui questi edifizii sono costruiti dal proprietario del suolo e quello in cui sono costruiti da tutt'altro, usufruttuario o inquilino (1).

Questa dottrina soltanto è esatta oggidì ed è assoluta; essa si applica agli edifizii in generale, chè il Codice li qualifica espressamente *immobili per loro natura* (art. 518), senza che alcuna determinazione della legge lor faccia perdere questo carattere e loro attribuisca quello di mobili, allorchè sono costruiti da tutt'altro che il proprietario del suolo; e si applica ai mulini specialmente, chè la novella legge fa risultare l'immobilizzazione dei mulini non già dall'intenzione di cui non tiene alcun conto, ma dall'unione fisica dei mulini col suolo, art. 519. Gli edifizii sono adunque immobili, tanto allorchè sono l'opera del proprietario del suolo, quanto allorchè sono stati costruiti da un altro (2) e per conseguenza sono suscettibili di ipoteca. Senza dubbio in quest'ultimo caso, potrà esservi quistione di sapere se l'ipoteca sarà utilmente conceduta dal proprietario del suolo, ovvero se il pegnoramento immobiliare dell'edifizio potrà farsi dai creditori di questo proprietario (3), il che esamineremo nel nostro comentario dell'art. 2124; ma sulla quistione generale di sapere se gli edifizii sono o pur no suscettibili d'ipoteca, non v'è dubbio possibile; anzi non è neppur da mettersi in quistione, poichè gli edifizii sono immobili allo stesso titolo del suolo al quale accedono.

360. Al pari degli edifizii e per la stessa causa i frutti e i prodotti della terra sono immobili per loro natura: essi sono suscettibili d'ipoteca. Ciò non vuol dire che possansi ipotecare distintamente dai fondi ai quali aderiscono, o che li contengono (4); ma l'ipoteca stabilita su questo fondo si estenderà ai prodotti del pari che alle raccolte pendenti dalle radici ai frutti degli arberi, alle selve cedue o ai boschi di alto fusto (art. 520 e 521) e generalmente a tutti i prodotti del fondo, qualo che ne sia la natura. Si è detto esser questa ona delle cose comprese negli *occessorii*, di che parla il nostro articolo (5), non pertanto l'osservazione manca di esattezza, in quanto che i frutti sono qualificati *immobili* dalla legge (art. 521) e quindi rientrano come le terre e gli edifizii nella parola immobili posta in fronte al nostro articolo.

Ma è uopo stare accorti da ona banda, che anche qui l'immobilizzazione dei frutti non può risultare che dalla loro inerenza reale al fondo, e dall'altra che la estensione dell'ipoteca, gravando questo fondo coi frutti che produce, non potrebbe fare ostacolo al dritto che ha il proprietario di gerire e di amministrar la propria cosa. Di qui talune notevoli conseguenze.

361. L'immobilizzazione dei frutti risulta quindi dalla loro inerenza reale al fondo; donde segue che, per esempio, degli arbusti in cassoni, quand'anco questi cassoni fossero posti in piena terra, riterrebbero la loro natura di mobili (6), a meno che in questo stato fossero divenuti immobili per destinazione (ved. *infra*, n° 371). E se ritengono la loro natura di mobili, non sono colpiti dalle ipoteche da cui è gravato il fondo.

362. Così pure l'estensione dell'ipoteca dal fondo ai suoi prodotti non toglie al proprietario il suo dritto di amministrazione; donde segue che costui potrà fare le sue raccolte, percepire i frutti e venderli, se faccia tutto ciò regolarmente, senza frode, come un amministratore diligente ed un buon padre di famiglia. I creditori ipotecarii non àn di che dolersi; chè essi sanno, allorchè contrattano col loro debitore che costui, ipotecando il suo immobile, non abdica i suoi poteri di amministratore, e che se acquistano un dritto reale sullo immobile stesso, questo dritto (ed è la sua superiorità relativamente al dritto reale risultante dal pegno, ved. *supra*, numero 320) lascia non pertanto al debitore il possesso della sua cosa, e con questo possesso la facoltà che non deve essere separata di gerire e di amministrare. I frutti non sono adunque colpiti dall'ipoteca da cui il fondo è gravato, se non quando aderiscono al podere o sono nascosti nel seno di esso. Ciò esprime la legge del 9 messidoro anno 3°, dicendo che l'ipoteca graverebbe la proprietà dei beni territoriali una ai frutti non *raccolti*, ed ai boschi *non tagliati*.

363. E non è tutto. La percezione e il taglio dei frutti è un mezzo di farne cessare l'accessione e di sottrarli così agli effetti dell'ipoteca da cui la proprietà fosse gravata; ma non è questo il solo mezzo: l'accessione finisce ancora, se non materialmente, come avviene quando i frutti sono tagliati e raccolti, almeno fittiziamente e per volontà della legge, allorquando essendo ancora pendenti sono venduti dal proprietario separata-

(1) Pothier (Ibid., n° 32).
(2) Cass., 18 nov. 1835, 2 febb. 1842, 26 agosto 1841, 5 genn. 1848 (Dall. 48, 1, 57).
(3) Cass., 15 aprile 1836, Req., 14 febb. 1849 (Dall. 49, 1, 16).
(4) Cass., 10 vend. anno 14, 5 ott. 1825. Ved. ancora Troplong (n° 404), Merlin (Rep. v. Ip. p. 766).
(5) Ved. Martou (n. 721).
(6) Ved. Pothier (Della Comm. n.34). Ved. pure la nostra spiegazione della Comm (loc. cit. t. 1 n. 411).

mento dal suolo. La mobilizzazione dei frutti procede allora da tale vendita, la quale non è come il taglio stesso della raccolta che un atto di amministrazione: si suppone che per effetto della divisione delle proprietà risultante da una vendita che trasmette all'acquirente i frutti che essa toglie al proprietario del fondo, questi frutti sono distaccati dal suolo, tutto che materialmente vi aderiscano ancora. Ed in fatti molti arresti emanati dalla Corte di cassazione àn deciso che la vendita dei frutti da raccogliersi e delle selve cedue da tagliarsi è mobiliare, e che la cosa venduta sin allora riputata immobile a causa della sua accessione al suolo, divien mobile per effetto della vendita anche pria del taglio o della raccolta (1).

Ciò posto si domanda se la esistenza dell'ipoteca debba fare ostacolo a che il proprietario dell'immobile consenta simili vendite, e se i frutti, tutto che così venduti, rimarrebbero colpiti dall'ipoteca da cui fosse gravata la proprietà. In massima la soluzione non potrebbe essere dubbia. Niuna legge vieta al proprietario di alienare senza frode i frutti maturi del suo fondo gravato da ipoteca; ripetiamolo, una tale vendita rientra negli atti di amministrazione al pari del taglio e della raccolta dei frutti; non si comprenderebbe dunque che il proprietario, tra le mani del quale tutta intera rimane l'amministrazione, non avesse facoltà di vendere. Or dacchè à siffatta facoltà, ben è d'uopo che la vendita da lui consentita abbia i suoi effetti ordinarii, vale a dire che mobilizzi i frutti e li trasmetta all'acquirente liberi dall'ipoteca che li aveva in pria colpiti col fondo. Tutto ciò è stato riconosciuto dalla Corte di cassazione la quale, desumendo essa stessa questa induzione dalla propria giurisprudenza, ha deciso che il proprietario di una selva cedua gravata da ipoteca può vendere il taglio, senza che i suoi creditori ipotecarii abbiano dritto ad opporvisi (2).

Nonpertanto la regola comporta talune riserve: essa soffre due limitazioni, di cui l'una è consacrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e l'altra risulta dalla legge.

364. Da una banda si comprende che, se la regola domina in modo assoluto, allorchè trattasi di una vendita avente per oggetto questi prodotti della terra che ne sono i frutti propriamente detti, come i grani, le raccolte e generalmente tutto ciò che si produce periodicamente, debb'essere altrimenti della vendita il cui oggetto fosse quel genere di prodotti che costituiscono per dir così una porzione integrante dell'immobile, a causa della loro natura stessa che si rannoda al fondo se non per sempre, almeno per un lungo spazio di tempo, p. es. degli alberi di alto fusto non messi a taglio. La vendita in tal caso più non può considerarsi come uno di quegli atti di amministrazione i quali per effetto di una finzione mobilizzano i frutti; essa è un'anticipazione di cui i creditori ipotecarii avrebbero a dolersi, ed il loro interesse comanda che, almeno per questa specie di prodotti, l'ipoteca gravante il fondo li colpisca altresì o che la vendita fattane non si possa loro opporre (3). La Corte di cassazione, tratta dai precedenti di che pocanzi parlammo, parve si pronunziasse in senso contrario, con un arresto (4) in cui è detto che l'ipoteca gravante un bene rustico è senza effetto contro l'acquirente della superficie di un bosco di alto fusto. Ma un ulteriore arresto della Corte stessa ha fatto una più sana applicazione dei principii, considerando simili boschi, *finchè non sono tagliati*, come affetti al creditore ipotecario non ostante la vendita (5). Nella specie a dir vero eranvi delle circostanze particolari: i boschi eransi venduti pria del tempo in cui potevano o dovevano tagliarsi e con un lunghissimo termine pel taglio. Nonpertanto tutte queste circostanze, tutto che da sè sole fossero state suscettibili di giustificare la soluzione, hanno appena attirato l'attenzione della Corte Suprema: essa si limita ad indicarle nei motivi del suo arresto, e andando oltre decide in termini generali, forse troppo generali, che gli alberi di alto fusto venduti, ma non ancora tagliati, rimangono affetti ai debitori ipotecarii e sono compresi nel pegnoramento immobiliare fatto posteriormente alla vendita. Limitata ai prodotti che, a dir vero, non sono frutti, specialmente agli alberi di alto fusto, la soluzione debbesi accettare, chè trattandosi di uno di quei prodotti che costituiscono in certo modo un capitale, talmente che l'usufruttuario non potrebbe toccarli come l'immobile stesso, la mobilizzazione non deve risultare se non dal fatto materiale della separazione.

365. Da un'altra banda, se l'ipoteca in sè stessa non può, finchè le cose sono integre, ostacolare il dritto di amministrazione del pro-

(1) Ved. Cass., 3 ottobre 1813, 8 settembre 1813, 21 marzo e 21 giugno 1820, 4 aprile 1827.
(2) Ved. Cass., 26 maggio 1808.
(3) Ved. Persil (art. 2118, n° 6), Valette (n° 129, in fine). Demolombe (t. IX, n° 190), Martou (n° 722). Ved. non pertanto Troplong (n° 404).
(4) ved. Rig., 9 agosto 1825.
(5) Rig., 10 luglio 1841 (Dev., 41, 1, 481).

prietario e ritenere sotto la sua azione i frutti che il proprietario ha venduti, si comprende che debb'essere altrimenti quando le cose non sono integre e l'ipoteca è posta in movimento, specialmente quando l'immobile gravato è stato colpito da espropria. Il pegnoramento immobiliare ha infatti sui frutti, ai termini della legge, una virtù d'immobilizzazione, se non al momento stesso in cui è fatta, almeno a contare da un'epoca che la legge ha nettamente determinata. Pria delle modificazioni introdotte nel Codice di procedura dalla legge del 2 giugno 1841, si era a datare dalla denunzia al pegnorato (antico art. 689); dopo questa legge a contare dalla trascrizione del pegnoramento; l'art. 682 modificato dice infatti: « I frutti naturali e industriali raccolti posteriormente alla trascrizione, o il prezzo che ne proverrà, *saranno immobilizzati per essere distribuiti col prezzo dell'immobile per ordine di ipoteca.* » Epperò finchè l'ipoteca rimane inoperosa, i frutti che in pria colpiva col fondo, a lei sfuggono, se il proprietario, amministratore della sua cosa, li ha mobilizzati col taglio o con la vendita fattane; ma sopravvenuta l'espropria, il proprietario più non amministra per sè a contare dal momento in cui è trascritto il pegnoramento; da tal momento i frutti sono diffinitivamente gravati al pari dell'immobile, e tutti quelli che fossero raccolti, o il prezzo che ne provenisse, apparterrebbero ai creditori. La legge esprime che questi frutti o il prezzo saran distribuiti col prezzo dell'immobile *per ordine di ipoteca*, ma ben si comprende esser qui mestieri completare il testo, e dire che i frutti o il lor prezzo saran distribuiti per ordine di *privilegio* e d'ipoteca. L'omissione del *privilegio* nell'art. 682, che parla soltanto dell'ipoteca, non potrebbe menare a conseguenze, poichè l'ordine delle ipoteche è quello di venir dopo i privilegi (1).

366. Del resto quanto abbiam detto in massima, ad occasione dei frutti naturali ed industriali, è uopo dirlo anche dei frutti civili. L'esistenza di una ipoteca su di un immobile non potrebbe fare ostacolo a che il proprietario percepisca il prezzo di fitto e gli estagli dell'immobile da lui locato. Ciò non è, nè è stato giammai in contestazione.

Ma vi è stata vivissima controversia sul punto di sapere, se l'esistenza dell'ipoteca impedisca almeno al proprietario di disporre con anticipazione degli estagli o dei pigioni non iscaduti, vuoi trasferendoli a terzi, vuoi applicandoli a suo particolar profitto; in altri termini se le quietanze o le cessioni di pigioni o di estagli non iscaduti sieno opponibili ai creditori ipotecarii inscritti sull'immobile locato. Su di ciò si è formata una giurisprudenza alla quale le recenti disposizioni della legge sulla trascrizione tolgono la sua importanza per l'avvenire, ma che non è senza interesse di riferire e di valutare a causa degli atti che la loro data lascia sotto l'impero della legge antica.

Taluni arresti han deciso in massima ed in modo assoluto che il proprietario di un immobile ipotecato non può disporre con anticipazione, in pregiudizio dei creditori iscritti, delle rendite future di tale immobile (2) fondandosi sull'art. 2166, Cod. Nap., giusta il quale i creditori privilegiati o ipotecarii avrebbero dritto non solo al prezzo, ma ancora agl'interessi del prezzo o alle rendite che li rappresentano. Molti autori seguono questo avviso ma per motivi diversi: gli uni invocando l'art. 691 Cod. pr., insegnano esservi luogo a rispettare soltanto i pagamenti fatti secondo l'uso dei luoghi, e che non debbesi tenere alcun conto di quelli fatti per anticipazione, in esecuzione di una clausola dell'affitto (3); altri pretendono che il dritto risultante dall'ipoteca una volta stabilito, più non può essere diminuito da alcuna alienazione, e che l'affitto accompagnato da una stipulazione, ai termini della quale il proprietario percepisce o cede anticipatamente le annualità in una proporzione considerevole costituisce l'alienazione del godimento per un tempo determinato, e deve sotto tal rapporto assimilarsi ad una costituzione di usufrutto, rispetto alla quale è ammesso che il creditore ipotecario segue l'immobile nelle mani dell'usufruttuario (4).

Ma gli è aperto che niuno di questi sistemi resiste all'esame. In primo luogo si dirà contro quello degli arresti anzicitati che se, in tesi generale, si può riguardare l'art. 2166, Cod. Nap. come permettente al creditore ipotecario o privilegiato di esercitare il suo dritto non solo sul prezzo, ma ancora sugl'interessi o le rendite, questa interpetrazione del testo non potrebbesi opporro al terzo, il quale ha acquistato i frutti civili da scadere in un momento in cui il proprietario che glieli ha trasmessi aveva il diritto di disporne. In secondo luogo, al sistema fondato sull'art. 691, Cod. pr. (antico) si opporrà giustamente che

(1) Ved. Paignon (t. I, p. 89, n° 31), Chauveau su Carré (quest. 2288).

(2) Ved. Cass., 3 nov. 1813; Nîmes, 28 giugno 1810 Bourges, 3 feb. 1831 (Dall., 33, 2, 13).

(3) Ved. Duranton (t. XVII, n° 103).

(4) Ved. Tarrible (Rep. del Merlin, v. Terzo detent., n. 4), Carrè (leggi della proc. civ., quest. 2318).

questo articolo lasciava intatta la quistione; infatti ben risultava da questo articolo che i creditori autorizzati a sequestrare presso terzi le pigioni o gli estagli, scaduti dopo un'epoca determinata che fissava, potevano fare immobilizzare le pigioni e gli estagli ancora dovuti a tal'epoca; ma la quistione è appunto quella di sapere, se questi estagli essendo, non già dovuti, ma pagati o ceduti con anticipazione, l'art. 691 fosse applicabile; ed evidentemente la quistione non si poteva risolvere con questo articolo. Da ultimo il sistema fondato sulla pretesa identità tra l'affitto e la costituzione di usufrutto cadeva innanzi a quella profonda differenza cui la dottrina presso che unanime ha stabilita tra l'usufruttuario o il colono, il primo detentore di un dritto reale, vero smembramento della proprietà, il secondo non avendo nè potendo avere che un dritto personale, il quale non dà alcun dritto *de suite* ai creditori ipotecari.

A fronte delle lacune o delle imperfezioni di ciascuno di questi sistemi, la giurisprudenza si era ravveduta e la generalità degli arresti (1) ammetteva che la percezione o cessione delle rendite future di un immobile è valida anche a riguardo dei creditori ipotecarii inscritti anteriormente, salvo nonpertanto il dritto di questi creditori di fare annullare l'atto nel caso in cui fosse stato il risultato di una frode a lor pregiudizio. Tale è anche l'avviso prevaluto in dottrina (2), e noi pensiamo dovercisi stare. Il principio qui dominante è sempre quello che la esistenza dell'ipoteca non paralizza nelle mani del proprietario il suo dritto di amministrazione, e che anzi tutto fa d'uopo che questo dritto si eserciti liberamente, purchè ciò sia senza frode. La percezione o cessione dei fitti o degli estagli anticipati ben potranno, in tali o tali altri casi, far supporre questa frode, ed in tutti i casi avran per effetto di rendere più facili i giudici nella valutazione delle pruove che lor saranno offerte. Ma se la frode non può supporsi, o se quella allegata non è stabilita, è uopo che il creditore accetti i fatti compiuti, almeno in quanto che l'anticipazione potrà considerarsi come atto di amministrazione, il che sarà una valutazione da farsi dai tribunali.

Tale è la regola; ma abbiamo ancora molti altri punti a riservare.

Da una banda ed in quanto all'anticipazione dei fitti o estagli, i principii da noi esposti dovevano e debbono ancora ricevere, come abbiam detto, la loro applicazione ai fatti compiuti pria della promulgazione della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione. Dopo la promulgazione di questa legge, la necessità della trascrizione, applicata in una certa misura alle quietanze o cessioni di pigioni o estagli non iscaduti, farà prevalere altre regole. Vi ritorneremo al n.° seguente.

Da un'altra banda e in quanto al dritto di amministrazione che l'esistenza della ipoteca punto non altera in mano del proprietario, dobbiam dire che questo dritto non è oggidì intero per rapporto ai frutti civili se non quando le cose stesse sono intere. Chè conviene far notare che la legge del 2 giugno 1841 supplendo ad una lacuna del Codice di procedura, o per lo meno semplificando quanto vi era di complicato nelle disposizioni del Codice, ha fatto pei frutti civili ciò che fa l'art. 682 pei frutti naturali e industriali. Dopo aver dichiarato che: « gli affitti i quali non avessero acquistato data certa pria della sentenza, potrebbero essere annullati, se i creditori o l'aggiudicatario il domandino », la legge dice infatti in modo generale ed assoluto che « le pigioni e gli estagli saranno immobilizzati a contare dalla trascrizione del pegnoramento per essere distribuiti col prezzo dell'immobile e per ordine di ipoteca; che un semplice atto di opposizione alla domanda dell'espropriante, o di tutt'altro creditore varrà come sequestro presso terzi tra le mani dei locatarii, o dei coloni, i quali non potranno liberarsi che in esecuzione di sentenze di collocazione, o col versamento delle pigioni o degli estagli alla cassa delle consegne....» che nel manco di opposizione i pagamenti fatti al debitore saranno validi e costui dovrà dar conto, come sequestratario giudiziario, delle somme che avrà ricevute » (art. 685). Invece di ciò l'antico Codice di procedura aveva fatto distinzione tra gli affitti senza data certa pria della sentenza e gli affitti con data certa, i primi potevano essere annullati sulla dimanda dei creditori o dell'aggiudicatario; in quanto ai secondi, lasciavano tutta la libertà ai locatarii di liberarsi, e purchè un sequestro presso terzi non avesse colpito le pigioni o gli estagli, i locatarii o coloni si liberavano validamente tra le mani del sequestrato (3): col sequestro presso terzi in tal caso le pigioni e gli estagli erano

(1) Ved. Parigi, 3 dicembre 1821; Grenoble 22 ap. 1841; Rouen, 4 apr. 1843; Douai, 26 feb. 1850; Colmar, 6 agosto 1851; Nimes, 7 luglio 1852; Rouen. 18 febb. 1854. (Ved. Dev., 43, 2, 184 e 413; 50, 2, 317 53, 2. 53; Dall., 52, 2, 78, 53, 2, 53, 54, 2, 212, 55, 2, 258).

(2) Ved. Grenier (t. II. n° 444), Toullier (t. VII, n° 81, e t. VI, n° 365), Duvergier (Locazione, t. I, n° 464). Ved. ancora Troplong (t. III, n° 777 e seg.).

(3) Ved. Caen, 16 luglio 1854 (Dall., 55, 2, 180) — Thomine Desmazures (t. II, n° 766).

immobilizzati per essere distribuiti col prezzo dell'immobile per ordine di ipoteca, (antico art. 691). Si scorge come l'interesse dei creditori è meglio protetto dalla nuova legge. I creditori acquistano in tesi assoluta dritto alle pigioni o agli estagli con la trascrizione del pegnoramento, perchè questa immobilizza ormai i frutti civili, come immobilizza i frutti naturali e industriali; inoltre una semplice opposizione che avverte i locatarii o coloni dell'ostacolo il quale lor non permette di liberarsi tra le mani dell'espropriato, è sostituita alla procedura di sequestro presso terzi, e tutto ciò indipendentemente dalla possibilità che hanno i creditori o l'aggiudicatario di far pronunziare, se il domandano, le nullità degli affitti senza data certa pria della sentenza.

367. Non sapremmo soffermarci nelle nostre osservazioni sui frutti considerati come pegno del creditore ipotecario, senza ravvicinare a quanto abbiam detto, talune speciali disposizioni della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione in materia ipotecaria e senza dedurre le conseguenze pratiche di queste disposizioni nell'ordine di idee in cui ci siamo ora collocati.

La legge del 23 marzo 1855, come è noto, non si è attenuta, ristabilendo la trascrizione al principio della legge di brumaio, anno 7°, giusta la quale la formalità era necessaria soltanto riguardo agli atti traslativi di beni o di diritti suscettibili di ipoteca (art. 26); il legislatore ha pensato con ragione che la trascrizione non sarebbe utile ed efficace se non a patto di estendersi, come diceva la Corte di Bastia nell'inchiesta amministrativa aperta nel 1841 (1), a tutti i contratti gravanti la proprietà in una forte proporzione. A questo titolo, le previsioni della legge non potevano fare a meno di spingersi sino agli affitti ed agli atti o sentenze constatanti quietanza o cessione di pigione o estagli non iscaduti.

In quanto a questi ultimi atti o sentenze la legge si spiega a meraviglia. Un immobile la cui rendita è alienata perde considerevolmente di valore, e pochi si determinano a comprare un bene che deve rimanere improduttivo durante uno spazio di tempo più o meno prolungato. Importava dunque che questa causa di deprezzamento potesse essere nota a tutti; così i redattori della legge del 23 marzo 1855 hanno pensato; ed in fatti l'art. 2 dichiara che « qualunque atto o sentenza constatante anche per un affitto di minor durata (di quella di 18 anni che formano, come or ora si vedrà, il termine al di là del quale gli affitti stessi debbono esser trascritti) quietanza o cessione di una somma equivalente a tre annate di pigioni o di estagli non iscaduti » debb' essere trascritto all' uffizio delle ipoteche della situazione dei beni. — In ciò e sotto un rapporto la legge del 23 marzo 1855 è più preveggente della legge belga del 16 dicembre 1851. Secondo quest'ultima le quietanze di pigioni non iscadute sembra che non dovessero trascriversi quando sono contenute nell' affitto; chè leggesi nell'art. 1°: « Saranno trascritti ..... gli affitti eccedenti nove anni o *contenenti quietanza* di tre annate almeno di pigione.... » Donde seguirebbe che, se dopo aver consentito un affitto, il proprietario rilasciasse con atto separato, quietanza di tre, quattro, o maggior numero di anni di pigione non iscaduti, queste quietanze potrebbero non essere trascritte e non essere meno opponibili ai terzi, salvo come in tutti i casi la pruova del dolo o della frode. Si comprendono tutti i pericoli che questo stato di cose può creare. I redattori della nostra legge del 23 marzo 1855 vi hanno saggiamente provveduto esigendo la trascrizione in modo generale di qualunque atto o sentenza constatante quietanza o cessione di una somma equivalente a tre annate di pigione o di estagli non iscaduti. Ma da un' altra banda sarebbe stato forse a desiderarsi che la legge prescrivesse la trascrizione in una più larga misura. Un immobile la cui rendita è alienata per più di un anno, e che non deve men soddisfare i suoi pesi abituali, perde di valore in una proporzione che si può calcolare a circa il sesto, e noi avrem compreso che le quietanze e le cessioni di pigioni non iscadute fossero soggette alla trascrizione dacchè la somma pagata o ceduta fosse equivalente ai pigioni o estagli di più di un anno (2). Checchè ne sia, è uopo prendere la legge nei suoi termini; ne risulta che ormai la sola trascrizione permetterà di opporre ai terzi le quietanze e cessioni di che trattasi e che nel manco di trascrizione esse non saranno opponibili se non per una somma equivalente a tre annate di pigione o di estagli, salvo sempre il dritto pei creditori di metter da banda la quietanza o la cessione pel tutto, se stabiliscono che l'atto è stato fatto per dolo o frode. In questo senso dovrà modificarsi per l'avvenire la giurisprudenza

(1) Ved. Docum. Ip., t. I, p. 155.

(2) Ved. a tal riguardo le nostre osservazioni nella Rivista critica, (t. IV, p. 165 e 166).

rammentata e valutata nel n.° precedente.

In quanto all'affitto, la necessità della trascrizione si giustifica anche da sè. Checchè ne abbia detto il più eminente nostro giureconsulto (1), non è già che l'affitto conferisce al conduttore un dritto reale ed immobiliare: abbiamo altrove mostrato e vi ritorneremo sopra quanto pria (infra n. 385) che il dritto risultante da una tale convenzione è puramente mobiliare e personale; ma non bisogna men riconoscere che, allorquando un affitto è fatto per una certa durata, riduce in una notevole proporzione il valore venale dell'immobile locato, ed è allora della più alta importanza per gli acquirenti e pei creditori ipotecarii, che sia posta in rilievo la vera situazione, onde evitare gli abbagli ai quali li esporrebbe la loro ignoranza. L'art. 2 della legge del 23 marzo 1855 sottopone in conseguenza alla trascrizione « gli affitti di una durata oltre i diciotto anni »; e l'art. 3 aggiunge che « gli affitti i quali non sono stati trascritti non possono giammai opporsi (ai terzi che hanno dritti sull'immobile e che li han conservati conformandosi alle leggi) per una durata oltre i diciotto anni. » (§ 2).

Forse la legge anche qui avrebbe dovuto andar più oltre e dare all'interesse dei terzi una protezione più completa. In questo scopo noi abbiam tentato di stabilirlo altrove (2); sarebbe stato utile che in vece di soffermarsi a questo termine del tutto arbitrario di 18 anni, il legislatore sottoponendo gli affitti alla formalità della trascrizione, non sorpassasse il termine, oltre il quale gli affitti cessano, giusta la legge civile, di essere considerati come atti di amministrazione. L'usufruttuario, il tutore, il marito, tutti coloro infine che non ànno che il godimento o l'amministrazione di un immobile non debbono consentire affitti per un periodo eccedente nove anni. Non era forse giusto di attenersi a questa idea in quanto concerne la trascrizione, e di non esonerare dalla formalità se non quegli atti che per la loro durata sono classificati fra gli atti di amministrazione. Così ha disposto nel Belgia la legge del 16 dicembre 1851, la quale à riformato il regime ipotecario; vi si legge all'articolo 1° che « gli affitti eccedenti nove anni o contenenti quietanza di tre annate almeno di fitto » sono soggetti alla formalità della trascrizione e che « se questi affitti non sono stati trascritti, la durata debb'esserne ridotta in conformità dell'art. 1429, Codice civile »; in oltre all'art. 45 è detto « che gli affitti contratti in buona fede dopo la costituzione dell'ipoteca saranno rispettati, e nonpertanto se sono fatti per un termine che eccede nove anni, la durata ne sarà ridotta, conformemente all'articolo 1429, Codice civile (3). » Evvi in queste disposizioni una preveggenza maggiore di quella della nostra legge sulla trascrizione e l'interesse dei terzi vi è meglio protetto. Checchè ne sia, la legge ha statuito; fa d'uopo applicarne le disposizioni.

368. Ecco una ipotesi.

Pietro toglie a prestito da Paolo una somma di 20mila fr., e gli ha dato ipoteca sulla sua tenuta della Martiniera; Paolo à preso inscrizione in data del gennaio 1856. Un anno dopo, Pietro che sin allora coltivava il suo podere, lo dà in fitto a Giuseppe per la durata di 24 anni, i quali cominceranno a decorrere dal mese di novembre 1857 e mercè un annuo estaglio di 5mila fr. Essendo insufficienti gli edifizii del podere, e quelli esistenti richiedendo riparazioni considerevoli, Giuseppe per mettere il suo locatore, il quale non à fondi disponibili, in grado di costruire e riparare, consente a pagare anticipatamente una somma di 20mila fr., di cui il contratto di fitto accenna quietanza, con indicazione che la somma sarà ripartita in uguali porzioni sulle prime cinque annate dell'affitto. Questa convenzione è soggetta alla formalità della trascrizione a duplice titolo: da una banda l'affitto che essa constata comporta una durata di oltre 18 anni; dall' altra rilascia quietanza di una somma equivalente non già solo a tre annate, ma a quattro, di estagli non iscaduti; il colono richiede dunque la trascrizione, la quale siegue il 1° novembre 1857. In questo stato, Pietro è espropriato: l'affitto stipulato con Giuseppe e tutte le convenzioni che esso constata, saranno opponibili a Paolo, creditore ipotecario di Pietro? Si comprende che l'interesse di Paolo è gravemente impegnato nella contesa. Certamento l'interesse non è lo stesso di quello del terzo che vorrebbe rendersi acquirente del podere, ma non men realissimo. Chè l'immobile espropriato se rimane col peso dell'affitto sarà aggiudicato necessariamente ad un prezzo minore che se fosse scevro da qualunque onere, il che già, avvenendo il caso che il podere di Pietro fosse gravato ad un titolo qualunque di una ipoteca legale, diminuirebbe di altrettanto la eventualità che à Paolo di ritrovare il suo credito sul prezzo. E da un'altra banda la quietanza di 20mila fr. pagati sugli estagli non iscaduti, se è rispettata in

(1) Ved. Troplong (Della Vend, n°321, e della Locazione, n° 5 a 20 e 473 e segg.

(2) Rivista crit. di giurispr., t. IV, p. 160 e segg.
(3) Ved. Delebecque (Comm. legislat. p. 2 e 19).

forza della trascrizione dell'atto che la constata, non permetterà almeno fino alla concorrenza l'immobilizzazione dei frutti, ai termini dell'art. 685, Codice di procedura, di guisa che l'importanza del pegno si troverà anche scemata. Epperò l'interesse di Paolo è incontestabile; e con giusta ragione si domanda se possono a lui opporsi l'affitto e la quietanza.

A ciò rispondiamo che l'affitto e la quietanza saranno certissimamente opponibili; chè qui trattasi di convenzioni fatte in buona fede tra il locatore e il conduttore, come supponiamo: si tratta di un affitto avente data certa e che à ricevuto la formalità della trascrizione; si tratta di una quietanza che, nei termini in cui si produceva, doveva essere trascritta e di fatti lo è stato; il colono à dunque soddisfatto a tutte le condizioni della legge; la sua posizione e i suoi dritti debbono dunque essere mantenuti e rispettati. Senza dubbio questa quietanza e questo affitto che nella specie si oppongono a Paolo, sono posteriori per la loro data all' ipoteca che è stata conferita a quest'ultimo ed alla inscrizione da lui presa; e potrebbesi credere, stando alle discussioni da cui la legge è stata preceduta, che quelle disposizioni le quali àn sottoposto alla formalità della trascrizione gli affitti di una certa durata e gli atti portanti quietanza di tre annate di estagli non iscaduti, sono concepite in vista del caso inverso; chè tra le altre proposizioni molto esplicite vi si nota la seguente:«Ciò che accade ad un acquirente pel fondo della proprietà che gli si è venduta, e di cui lo priva una impreveduta evizione, può anche presentarsi per un usufrutto, per un dritto di uso o di abitazione,per una servitù onerosa, per un affitto che gli si fosse lasciato ignorare, e *ch'egli è obbligato di sopportare* con suo *detrimento, quando questi oneri tolgono la loro causa in atti anteriori al suo contratto* (1)... ». Ma questo comentario, è uopo notarlo, è fatto in un pensiero esclusivo, quello d'indicare quale è lo scopo della trascrizione e come essa abbia per oggetto non già l'interesse di coloro che ànno acquistato dritti sulla proprietà, ma precisamente di constatare l'esistenza di questi dritti, di renderli pubblici, o almeno di fare che i terzi, i quali contrattassero col proprietario, abbiano la possibilità di conoscerli. In tutti i casi una opinione così espressa non potrebbe prevalere contro la generalità dei termini della legge la quale, senza distinguere tra il caso in cui l'affitto e la quietanza àn seguito l'ipoteca e quello in cui l'àn preceduta, esige la formalità della trascrizione per gli affitti di una durata oltre i diciotto anni e per le quietanze o cessioni di tre annate di estagli non iscaduti, ed implica con ciò l'idea che simili atti saran validi ed avranno effetto contro tutti, se per altro sono eseuti da frode, purchè siasi adempiuta la formalità della trascrizione Tale è il pensiero della legge;e qualora se ne potesse dubitare, basterebbe per convincersene rapportarsi alle osservazioni del Duclos, il quale appunto perchè si spiegava le disposizioni dell'art. 2, n° 4 e 5 in questo senso, domandava che ne fosse ristretto il pensiero; affine, ci diceva, di facilitare i mutui i quali senza di ciò si renderebbero impossibili (2). Or non si è risposto a queste osservazioni, e la dimandata restrizione non fu consacrata. Che cosa conchiudere, se non che gli affitti e le quietanze di pigioni, di cui si è fatta la trascrizione, nei casi e nelle circostanze in cui è richiesta la formalità, sono obbligatorie per tutti i terzi indistintamente, e quindi pei creditori ipotecarii iscritti prima della data dello affitto o della quietanza, del pari che per quelli che vengono dopo?

E ben è duopo che sia così: chè, notiamolo, se fosse ammesso che l'affitto tutto che trasferito, fosse senza effetto o non fosse obbligatorio sol perchè posteriore in data alle ipoteche gravanti la proprietà locata, sarebbe mestieri dire, che un marito, un tutore, o tutt'altro, i cui beni fossero ad un titolo qualunque gravati da una ipoteca legale, che anche colui il quale, libero da qualunque Ipoteca legale avesse conferito sui suoi beni una ipoteca convenzionale, sarebbero sol perciò impediti di dare in fitto i loro immobili! Può stare che la legge sulla trascrizione abbia avuto per iscopo di porre simili ostacoli all'esercizio del dritto di proprietà e che, sotto pretesto di rialzare la proprietà del suolo, rialzando il credito ipotecario, abbia così colpito d'interdetto quegli affitti a lunga durata in cui l'agricoltore trova il suo principale elemento di prosperità? Ciò evidentemente non è ammessibile; e debbesi riconoscere che la legge lascia al colono il dritto di eccepire l'affitto e la quietanza degli estagli anticipati, quando avrà fatto trascrivere, anche contro il creditore la cui iscrizione ipotecaria era anteriore.

Arrogi che ciò che si contesta non è ap-

(1) Ved. il rapporto del Belleyme.
(2) Ved. il discorso del Duclos nel Monitore del 17 gennaio 1855.

punto questo. Ben si ammette generalmente almeno, che l'affitto è upponibile a tutti i creditori indistintamente allorchè à ricevuto la formalità della trascrizione. Ma in quale misura è opponibile ai creditori anteriori? Forse per tutta la durata? E sol per quella di 18 anni possono forse gli affitti colpire, senza essere soggetti alla formalità? Ecco dov' è il dissenso. Taluni autori sono di avviso che l' affitto è opponibile per 18 anni soltanto(1). Noi pensiamo per lo contrario che l'affitto è opponibile per tutta la sua durata. E di fermo non abbiamo nella nostra legge (ed è al certo una spiacevole lacuna) disposizione analoga a quella che menzionavamo poc'anzi nell'articolo 45 della legge belga del 16 dicembre 1851, in cui è detto che « gli affitti contratti in buona fede *dopo la costituzione dell'ipoteca* saranno rispettati, e nonpertanto se sono fatti per un termine eccedente nove anni, la durata ne sarà ridotta in conformità dell'art. 1429, Codice civile. » Questa disposizione non può dunque esser supplita. A dir vero, l'art. 3 della nostra legge del 23 marzo 1855 dice che « gli affitti che non sono stati trascritti non possono giammai opporsi *per una durata oltre i 18 anni* » ai terzi che àn dritto sull'immobile e che li àn conservati conformandosi alle leggi, ed a questo testo gli autori ai quali facciamo allusione rannodano la loro dottrina. Ma in ciò questo testo vien deviato dal suo significato; esso è scritto per una ipotesi alla quale or ora giungeremo; è del tutto estraneo alla nostra attuale ipotesi; ciò è evidente, poichè parla di affitti *che non sono stati trascritti* e qui l'affitto di cui dobbiam riconoscere gli effetti e la forza obbligatoria ha ricevuto per lo contrario la formalità della trascrizione. Non forziamo dunque i termini della legge, non ne estendiamo le disposizioni dal caso specialmente preveduto ad un altro caso che esse non ànno in mira, e riconosciamo che niuna disposizione limitando gli effetti di un affitto o di una quietanza di estagli non iscaduti, allorquando àn ricevuto la formalità della trascrizione, alla quale erano sottoposti a causa della loro durata o della loro importanza, questi effetti debbono essere intieri, pieni ed assoluti. Una sola cosa è possibile; quella di riserbare il caso di frode; questa frode sarà più o meno probabile, secondo che la proprietà era più o meno gravata al momento in cui il proprietario ne à consentito l'affitto, specialmente se questo affitto è accompagnato da un anticipo sugli estagli; ed i giudici dovranno mostrarsi tanto più facili ad ammettere la pruova della frode, quanto più la posizione del locatore sarà oberata. Ma se tutto è leale, se le convenzioni si son fatte in buona fede, è impossibile di non rispettarle in tutta la loro estensione e smembrarle in quanto contengono di obbligatorio (2).

369. Mutiamo ora i termini della nostra specie. Pietro aveva dato in fitto per una durata di 21 anni, a contare dal 1° novembre 1856, la sua tenuta della Martiniera, allorquando il 1° novembre 1857 ha tolto a prestito da Paolo una somma di 20mila fr., con ipoteca su questa tenuta. Giuseppe, locatore, ha trascurato di far trascrivere il suo affitto; per lo contrario Paolo à conservato il suo dritto ipotecario prendendo una iscrizione il 2 novembre 1857. In questa posizione il 1° novembre 1858 il podere di Pietro è espropriato immobiliarmente, Giuseppe oppone allora il suo affitto (3). Lo può? In quale misura lo affitto è opponibile? È uopo distinguere.

O l'affitto aveva acquistato data certa pria della sentenza, o era senza data certa in quell'epoca. In quest' ultimo caso Paolo avrà il benefizio dell'art. 684, Codice di procedura; l'affitto potrà dunque essere annullato, in virtù di questo articolo, se Paolo il richiede. Inoltre avrà il benefizio dell'artic. 685 e gli estagli degli affitti rispettati saranno immobilizzati a contare dalla trascrizione del pegnoramento per essere distribuiti per ordine di ipoteca. Nel primo caso, vale a dire se l'affitto à data certa pria della sentenza, Paolo avrà ancora il benefizio dello art. 685, ma non potrà domandare la nullità dell'affitto ed al contrario esso sarà opponibile per una durata di diciotto anni. Principalmente in vista di questa situazione è stato scritto il secondo paragrafo dell'art. 3 della legge del 23 marzo 1855. Essendo richiesta la trascrizione in quanto concerne gli affitti sol per quelli di una durata oltre i 18 anni, il legislatore vuole che il conduttore il quale ha trascurato di trascrivere il suo titolo, allorchè avrebbe dovuto farlo, non sia nonpertanto totalmente decaduto dal suo dritto, anche rispetto ai terzi, e che ne goda almeno nella misura in cui questo dritto poteva stabilirse ad essere opponibile a tutti, anche senza essere reso pubblico con la trascrizione; ciò si deduce dalla precitata disposizione della legge del 1855, la

(1) V. Mourlon (loc. cit., n° 330), Duvergier (note sull'art. 3 della legge del 23 marzo 1855), Troplong (Trasc., n° 201).

(2) Ved. Riviere e Francois (n°51), Riviere e Huguet (n° 219 e segg.).

(3) Anticipiamo sulle date per collocare il fatto supposto nella verità giuridica: si sa che la legge del 1855 non è esecutiva che dal 1 genn. 1856.

quale dicendoci che « gli affitti che non sono stati trascritti, non possono giammai opporsi per una durata oltre i 18 anni » ci dice appunto con ciò che, sebbene non sieusi trascritti, allorchè avrebbero dovuto esserlo, valgono nonpertanto e sono opponibili almeno per questa durata di 18 anni.

Ma qual'è l'epoca a contar dalla quale dovran contarsi questi 18 anni. È la quistione delicata che à fatto nascere la situazione. Essa è specialmente interessante rispetto al terzo acquirente ed al punto di vista del dritto *de suite*, di cui quanto al presente non dobbiamo occuparci (ved. *infra*, il nostro comentario all'art. 2166). Nonpertanto essa non è senza qualche interesso pel creditore ipotecario, in quanto che il prezzo della vendita alla quale deve metter capo il pegnoramento immobiliare da cui il suo pegno è colpito, può alzarsi o abbassarsi, e permettergli così di esercitare più o meno utilmente il dritto di preferenza, secondo che l'onere risultante dall'affitto dovrà rimanere annesso all'immobile durante maggiore o minor tempo. La quistione à dunque qui la sua opportunità. •

Essa è stata nettamente fermata nella discussione della legge in seno al Corpo legislativo. « Il progetto, diceva il Duclos, si occupa di affitti di 18 anni non trascritti, i quali potranno opporsi ai terzi per 18 anni; ma a contare da quale epoca? Forse dal giorno in cui l'atto in iscrittura privata sarà stato sottoscritto tra le parti? dal giorno in cui l'atto avrà acquistato data certa? ovvero da quello in cui sarà opposto ai terzi? Il progetto non si spiega su questo punto sì importante, il quale può dar luogo a tante contestazioni e litigi. Una simile lacuna richiede di essere colmata. » Dalle osservazioni del Duclos son nate le incertezze e i dubbii nella opinione degli autori: gli uni àn pensato che il punto di partenza dei 18 anni dev'essere fissato alla data della vendita, che farà passare l'immobile locato in potere del terzo acquirente (1), altri sono stati di avviso che solo a contare dalla trascrizione di tale vendita dovran decorrere i 18 anni (2). Noi non ammettiamo, a parer nostro, nè l'una nè l'altra soluzione: inclíniamo a credere che nel pensiero del legislatore i 18 anni accordati agli affitti non trascritti e che non pertanto erano, a causa della lor durata, soggetti a tale formalità, datano dall'entrata in godimento del colono.

Il principio della legge è che, oltre una durata di 18 anni, gli affitti debbonsi rendere pubblici, affinchè i terzi coi quali il proprietario può contrattare, vuoi per vendere l'immobile, vuoi per gravarlo ipotecariamente, abbiano la possibilità di valutare la situazione e di fissarsi sul valore venale dell'immobile. Epperò l'obbligazione di trascrivere esiste pel colono dacchè è formato il suo affitto per una durata oltre 18 anni. Al contrario qualunque affitto che si mantiene in questa misura senza oltrepassarla conferisce da sè stesso e senza il soccorso della trascrizione un dritto che è assoluto nelle mani del locatario; nel senso che è opponibile ai terzi non meno che al proprietario. Tali sono le due situazioni create dalla legge. Che cosa fa quando, producendosi un conflitto di interessi tra il colono e i terzi, trova un colono cui la durata del suo affitto poneva nella prima situazione, vale a dire in quella in cui era necessaria la trascrizione, e che non pertanto si è posto da sè stesso nella seconda non trascrivendo? Essa lo mantiene defiuitivamente ed in modo completo nella situazione che si è scelta, e nell'interesse dei terzi suppone che all'origine stessa l'affitto è stato consentito per la durata di 18 anni ch'ei poteva raggiungere senza esser soggetto alla trascrizione. Or se Giuseppe il quale, nella nostra specie, è entrato in godimento il 1° novembre 1856 non avesse locato il podere che per 18 anni, gli è certo che, non ostante il pegnoramento immobiliare del 1° nov. 1858 e la vendita o l'aggiudicazione che ne sarà la consegnenza, i terzi dovrebbero subire l'affitto durante i 16 anni che rimangono a decorrere per raggiungere il termine. I terzi adunque dovran subir ciò e null'altro, tutto che l'affitto sia stato fatto per una durata di 24 anni, perchè nel manco da parte di Giuseppe di aver fatto trascrivere, come eravi tenuto a causa della durata del suo affitto, la legge suppone che questo affitto siasi fatto in origine per tutta la durata che poteva abbracciare senza essere soggetto alla trascrizione e che, la finzione operando qui come la realtà, l'affitto avrà termine allorchè spirerà l'ultimo giorno di questo termine di 18 anni, al quale era fittiziamente ricondotto.

In tutti i casi noi parliamo dell'affitto stesso che è in corso di esecuzione. Supponiamo due affitti successivi consentiti al medesimo colono: il primo è spirato ed il secondo è in corso di esecuzione al momento dell'espropria; evidentemente il punto di partenza dei 18 anni si collocherà al giorno in cui è cominciato questo secondo affitto. Il primo è compiuto, e quali che ne sieno state le condizioni e la

(1) Ved. Riviere e Huguet (n°232 e segg.), Lemarcis (p. 25).

(2) Ved. Mourlon (loc. cit., n° 548). Ved. nonpertanto Troplong (loc. cit. n° 203 e segg.).

durata, esso è distinto dal secondo e tanto perfettamente, sebbene consentito allo stesso colono, quanto se il fosse stato ad un altro colono.

Possono sorgere altre difficoltà dalla legge sulla trascrizione nel punto particolare che concerne gli affitti: possono presentarsi anche altre ipotesi, fuori di quella della espropria di che dobbiamo qui occuparci, affin di combinare le disposizioni del Codice di procedura con quelle della legge sulla trascrizione. Ma queste ipotesi e queste difficoltà interessano più particolarmente l'acquirente; ecco perchè ci riserbiamo di spiegarci su di esse nella parte del comentario in cui trattiamo del dritto *de suite*, (art. 2166 e segg.).

370. Da ultimo insieme ai frutti e com'essi è uopo classificare fra gl' immobili per loro natura i prodotti estraordinarii della terra, quali le miniere, le petriere e le torbiere; ma qui ancora havvi talune distinzioni a fare.

Nell'attuale stato della legislazione, lo scavamento di una miniera implica tre distinte proprietà: il suolo al di sotto del quale giacciono le sostanze minerali, la miniera stessa che non può essere scavata se non in forza di un titolo di concessione deliberato in Consiglio di Stato, e l'indennità da pagarsi dal concessionario al proprietario della superficie.

In quanto al suolo o alla superficie, nulla abbiamo a dire: è questo il fondo di terra, cioè a dire la sola cosa a parlar propriamente che assume dalla sua natura stessa il carattere d'immobile: ce ne siamo occupati al n. 357.

In quanto alla indennità essa partecipa tra le mani del proprietario della natura del suolo, allorquando è riunita al valore della superficie, e se questa è affetta ipotecariamente, l'indennità è affetta con essa. Ciò è stabilito dall'art. 18 della legge del 21 aprile 1810, ai termini del quale « il valore dei dritti risultanti in favore del proprietario della superficie, in forza dell'art. 6 della presente legge, rimarrà riunito al valor della detta superficie e sarà affetto con essa alle ipoteche prese dai creditori del proprietario ». Ma separata dalla superficie, l'indennità debb'essere considerata nel suo obbietto; or essa si risolve in contante o in cose mobili; essa è dunque mobiliare. Troviamo la distinzione nettamente stabilita in un arresto col quale la Corte di Cassazione giudica che il dritto di trascrizione non debbesi percepire sulla ricompra, dal proprietario di una miniera, della indennità che era stata separata dalla superficie mercè un contratto anteriore, e si fonda appunto su che « le indennità non sono suscettibili di ipoteca ai termini degli art. 18 e 19 della legge del 21 aprile 1810 se non quando, riunite al valore della superficie, formano con essa un tutto rimasto indiviso, ma che quando ne sono separate, dopo la concessione della miniera, non conservano che gli effetti distinti inerenti alla loro propria natura di rendita mobiliare e si regolano in conformità dell'art. 42 della stessa legge ad una somma determinata nell'atto di concessione (1). » La Corte di Besanzone, statuendo in udienza solenne, ha fatto un'applicazione della regola decidendo che la indennità dovuta sotto nome di *tréfonds* al proprietario del suolo nel quale evvi una miniera conceduta a terzi, cessando di essere un dritto immobiliare, allorchè è separata dalla proprietà superficiale con atto di alienazione, e segnatamente mercè divisione, cade appunto con ciò nell'attivo della comunione di acquisti, se non si è fatto inventario, o atto equivalente (2).

Da ultimo in quanto alla miniera essa costituisce una proprietà immobiliare come il suolo o la superficie; l'art. 8 della legge del 21 aprile 1810 lo dice espressamente: ne seguirebbe quindi che le miniere fossero suscettibili d'ipoteca, ma non devesene ritrarre tal conchiusione in modo assoluto; e la giurisprudenza ha distinto con grandissima ragione tra la concessione stessa che ben ha il carattere immobiliare, e il dritto di scavare, il quale riassumendosi in un profitto pecuniario, il che è lo scopo dello scavamento, è puramente mobiliare appunto perciò. « Vi sono, dicono gli arresti, taluni immobili per loro natura i quali divengono mobili per destinazione; tali sono i boschi venduti col peso di essere tagliati (*ved. supra* n. 363); tali ugualmente ed a più forte ragione le pietre già estratte dalle cave, o vendute col peso di esserne estratte. » Su tale appoggio gli arresti decidono che l'atto portante vendita del dritto di scavare una petriera o una miniera rende esigibile soltanto il dritto delle vendite mobiliari (3); su tale fondamento è uopo decidere del pari che, almeno tra le mani del cessionario del *solo* dritto di scavare, questo dritto è puramente mobiliare e non suscettivo di ipoteca.

(1) Rig., 13 genn. 1840 (Dev., 40, 1, 207).
(2) Besanzone, 12 marzo 1857, (Ved. il Dritto del 22 marzo 1857.
(3) Ved. gli arresti della corte di cassazione del 19 marzo 1816, 13 agosto 1833 e 11 giugno 1843 (Dev. 33, 1, 781; J. P.; 1833, t. II, p. 11). *Secus*, se l'atto comprendeva col dritto di coltivare tutti i dritti nella concessione Rig., 30 marzo 1842 (Contrôleur, articolo 6246).

Ma dacchè questo dritto è insuscettibile d'ipoteca non segue che non debba giammai esser soggetto alla trascrizione. P. es., proprietario di un vasto terreno, io vi loco per trent' anni il dritto di estrarre del gesso che trovasi sotto questo terreno coll' obbligo di una indennità fissata per ciascun moggio di gesso che si ricaverà dalla petriera, o tanto a metro cubo scavato. Si è questo un affitto, come abbiamo dimostrato nella *Rivista critica* (t. 1, p. 547 e segg.), contro una giurisprudenza la quale, almeno in materia di registro, sembra essersi ostinata a non vedere, nelle convenzioni aventi per oggetto il dritto di scavare, se non vendite, e a non considerarle sin dal 1837 come suscettibili di cadere sotto l'applicazione delle leggi fiscali che fissano la tariffa degli affitti. Bisogna bene scorgere un affitto nella specie supposta, e quindi esso dovrà essere sottoposto alla trascrizione, senza di che il § 2°, art. 3 della legge del 23 marzo 1855 sarebbe ad esso applicabile: non potrebbesi opporre ai terzi per una durata oltre i 18 anni. P. es., ancora un intraprenditore si dà a scavare una petriera ed è proprietario della sua bocca di scavamento; compra in seguito il di sopra del mio pezzo di terra, perchè forma un muro di separazione tra la massa che possiede a dritta e quella che possiede a sinistra dall'altro lato del mio pezzo di terreno. Io costituisco con ciò sul mio terreno una servitù di passaggio a pro della bocca di scavamento che il mio acquirente possiede come fondo immobiliare; ed a questo titolo di costituzione di servitù la vendita da me consentita dovrà essere trascritta, ai termini dell' art. 2 della legge del 23 marzo 1855.

Laonde, quando noi diciamo che il dritto *solo* di estrarre i prodotti da una miniera o da una petriera è un dritto non suscettivo di ipoteca, ben è uopo intendere che la proposizione non pregiudica mica al punto di veduta della trascrizione, e riconoscere al contrario che questo dritto, se degenera vuoi in affitto di oltre 18 anni, vuoi in servitù reale, sarà soggetto a trascrizione, tutto che si mantenga sempre insoscettibile di ipoteca.

Non insistiamo più oltre sugl'immobili della prima categoria e passiamo a quelli della seconda.

V. — 371. La seconda categoria d'immobili è quella che comprende le cose corporali, qualificate immobili per loro destinazione. Questi immobili di che è parola negli art. 522 e segg., Cod. Nap., sono tutti gli oggetti che, essendo mobili per loro natura e conservando in sè stessi questo carattere di mobili, sono uniti al fondo per restarvi inerenti a perpetua dimora, e sono per questo motivo fittiziamente immobilizzati. Tali sono appunto gli oggetti che il nostro articolo designa sotto la qualifica di *accessorii*.

In questa seconda categoria d' immobili, l' immobilizzazione risulta ancora, come rispetto agli edifizii ed ai frutti nella prima, dall' aderenza di una cosa mobiliare ad un immobile per sua natura. Questa aderenza che è il fatto dell'uomo, non opera nonpertanto l'immobilizzazione, se non quando si presenta in talune condizioni determinate dalla legge, ma la cui attuazione ha dato molto luogo a controversie. Senza rivenir qui su questa controversia da noi altrove spiegata (1) ed esposta anche dal Marcadè nel suo comentario degli art. 522 e segg. ricorderemo le condizioni mercè le quali si produce l'immobilizzazione.

372. In tesi generale si può dire che le cose di che qui trattasi ricevendo il carattere immobiliare dalla loro stessa destinazione che le chiama a rimanere *perpetuamente* unite ad un immobile al quale sono inerenti o incorporate, la perpetuità della destinazione è la condizione principale, la condizione essenziale, senza di cui l'immobilizzazione non si sarebbe operata. Ma è uopo aggiungere che questa perpetuità la quale talvolta risulta dalla forza stessa delle cose e dalla natura del rapporto stabilito tra l'immobile e l'oggetto mobiliare fittiziamente immobilizzato, non può il più delle volte dedursi se non dalla presunta intenzione della persona che ha posto l' oggetto mobiliare in intimo rapporto con l'immobile. Da ciò si deduce una notevole conseguenza; cioè che se la immobilizzazione è effettuita, quale che sia la causa mercè la quale si è attuata l'unione, in quanto concerne gli oggetti la cui destinazione immobiliare risulta dalla forza stessa delle cose, non è lo stesso relativamente agli oggetti la cui destinazione immobiliare si deduce dalla presunta intenzione della persona che li ha incorporati all'immobile; rispetto a questi ultimi l'immobilizzazione non può aver luogo, se non si sono posti in relazione con l'immobile dal proprietario stesso, o da colui che reputavasi proprietario.

Nonpertanto questa distinzione è stata contraddetta. Taluni autori hanno insegnato che le sementi, gl'istrumenti aratorii, gli animali posti su di un fondo per la coltura, sono im-

(1) Ved. il Trattato del Contratto di matrimonio, pubblicato da noi col Rodière (t. 1, n. 416. e segg.).

mobili, tutto che siensi posti su questo fondo *dall' usufruttuario*, *dall' enfiteuta* o *dal terzo detentore* (1). Ma se ciò è esatto in quanto al collocamento fatto dal terzo detentore, in quanto che costui è proprietario o reputato tale, finchè non è riconosciuto il vizio del suo possesso, ed in quanto che egli può anche divenire proprietario in modo irrevocabile se possiede pel tempo necessario per prescrivere (2); nonostante ciò è al certo inesatto in quanto al collocamento fatto dall'usufruttuario ed anche dall' enfiteuta, almeno per quel che concerne gli oggetti che costui avesse il dritto di togliere dopo averli posti per goderne durante il corso del suo affitto. Si è che infatti l' usufruttuario e l' enfiteuta non sono proprietarii; or gli art. 524 e 525 richiedono, come una delle condizioni essenziali della immobilizzazione per destinazione, che gli oggetti mobiliari sieno stati posti sul fondo *dal proprietario*. E poi essi esercitano un dritto la cui durata è limitata e per conseguenza non si può in loro supporre la intenzione di aver messo a perpetua dimora un oggetto mobiliare al fondo di cui godono, nè la volontà di perderne la proprietà: or gli stessi articoli del Codice richiedono, come una seconda condizione essenziale della immobilizzazione per destinazione, che gli oggetti siensi posti sul fondo *a perpetua dimora*. L'opinione che noi combattiamo non potrebbe dunque essere ammessa, ed infatti è respinta direttamente dal più gran numero degli autori (3) ed anche virtualmente da una giurisprudenza speciale, giusta la quale le macchine poste da un *locatario* su di un immobile locato non debbonsi reputare a suo riguardo immobili per destinazione (4).

Teniamo dunque per certo, che se havvi delle cose le quali divengono fittiziamente immobili pel solo fatto della loro accessione ad un immobile per sua natura, ve ne ha anche delle altre le quali non sono immobilizzate se non a patto di esser poste dal proprietario stesso o in suo nome.

Donde segue, per giungere all'applicazione del nostro articolo, che le cose della prima categoria saranno necessariamente, sol perchè annesse all'immobile, gravate dalle ipoteche da cui questo immobile fosse affetto: così sarà delle chiavi, dei catenacci, ed in generale di ciò che serve alla chiusura della casa; così ancora de' pali d'una vigna, e delle cose che senza essere *in bonis* per loro natura, appartengono all' uomo come una dipendenza di un fondo che gli appartiene, quali le api, i piccioni delle colombaie, i pesci degli stagni, i conigli delle conigliere, e tutto il selvaggiume chiuso in un parco; così ancora i tubi inservienti alla condotta delle acque in una casa o in un fondo, i quali tubi sono dichiarati immobili come facienti parte dell'edifizio, senza che la legge esiga a loro riguardo che sieno posti dal proprietario (5) (art. 523). Al contrario le cose della seconda categoria sussistono nel loro stato di mobili, tutto che aderenti o annesse all'immobile, ed in conseguenza sfuggono alle ipoteche da cui lo immobile è gravato, se è costante che l'adesione o la fissazione nello immobile è il fatto di un altro diverso dal proprietario stesso dell'immobile o di un terzo detentore che possiede a titolo di proprietario.

373. Abbiam già detto che trovasi nei dati della giurisprudenza la conferma di queste soluzioni. Ecco nonpertanto una specie in cui sono contraddette: essa rannodasi a dir vero alle materie di registro; ma la decisione intervenuta ha per base dei pretesi principii attinti nel dritto civile. Sotto questo punto di vista importa valutarli.

In Angers si è formata una società per la fabbrica degli olii col mezzo di una pompa a vapore. Nel 1826 essendosi esercitate delle molestie contro uno dei socii, proprietario della casa alla quale le macchine erano state dalla società incorporate, fu dagli altri provocata la licitazione dell'immobile e delle macchine. I socii allora revindicarono la macchina a vapore e gli utensili come appartenenti non già esclusivamente al socio molestato, ma alla società, ed intervenne sentenza preparatoria che convertì il pegnoramento dell' immobile in vendita volontaria ed ordinò che « la macchina fosse vendota con gli edifizii nell'interesse comune delle parti, e che il prezzo della casa fosse attribuito ai creditori dell' espropriato, ma che quello della macchina fosse ripartito tra' socii. » La vendita ebbe luogo mercè una somma unica di,

(1) Ved. Duranton (t. IV, n. 50), Dalloz (nuova edizione, v. Beni. n. 11) Taulier (t. II, p. 153).

(2) Tale è l'avviso da noi espresso nella Riv. Crit. (t. 1. p. 745). Il Demolombe divide anche questa opinione (t. IX, n. 208. 20).

(3) Ved. Pothier Della Commun., n° 63). — Junge: segnatamente, Proudhon (Dom. priv., t. I, n° 166), Bugnet e Pothier (*loc.cit.*, v° Intr. gen. alle Cons., n. ») Marcadé (art. 525, n. 4) Demolombe (t. IX, n. 340 e segg.). — Ved. anche quanto abbiam detto al Tr. del Contr. di Matr. (*loc. cit.*) e nella Rivista Crit. (*loc. cit.*).

(4) Bruxelles, 8 aprile 1811; Liegi, 14 febbraio 1824, Parigi, 9 dicembre 1836; Grenoble, 20 febbraio 1843, (Dev., 44, 2, 14).

(5) Il Demolombe considera anche i tubi come immobili *per loro natura* (t. IX, n. 119). — Ma ved. Demante (t. I, n. 521), Delvincourt (t. I, p. 136), Toullier (t. II, n. 15), Marcadè (art. 523), Taullier (t. II, p. 147).

111mila fr. applicabili, cioè 33, 300 fr. all'edifizio e 77,700 alla macchina ed otensili. Il ricevitore avendo percepito, all'epoca del registro dell'atto, il dritto delle trasmissioni immobiliari sul prezzo totale di 111,mila fr., l'acquirente domandò che il dritto fosse ridotto alle tasse delle vendite mobiliari almeno pei 77,700 fr. applicabili alla macchina ed agli utensili. Ma il tribunale di Angers e dopo di esso la Corte di Cassazione (1) han deciso essersi riconosciuto in fatto che il debitore espropriato era proprietario della casa in cui era stata posta la macchina a vapore, e che ad un tempo ei faceva parte della società alla quale apparteneva questa macchina; che la macchina era stata posta nella casa dalla società e nell'interesse di tutt'i socii; ch'era constatato ch'essa era stata incastrata in modo da non poterne essere distaccata senza rompersi o deteriorare la parte del fondo alla quale aderiva; che *in questo stato* la detta macchina a vapore era un immobile per destinazione, *ai termini degli art. 524 e 525 Cod. civ.*; e quindi la casa e la macchina essendo state col consenso di tutti i socii vendute insieme mercè un unico prezzo, la percezione del dritto del 5 1/2 per cento sulla totalità di questo prezzo era stata regolarmente fatta.

È permesso di pensare che se, invece di statuire sulla tassa a ragione della quale doveva esser fissata la quota del dritto di registro reso esigibile dalla convenzione, la Corte di cassazione avesse dovuto determinare l'estensione di una ipoteca da cui fosse stata gravata la casa alla quale era incorporata la macchina, essa non avrebbe affermato che, nelle circostanze soddette, l'ipoteca si calendesse sino alla macchina come immobilizzata *in forza degli art.* 524 *e* 525 *Cod. Nap.* Senza dubbio questo punto al quale l'arresto ha tutto ristretto, cioè che le macchine non avrebbero potuto essere staccate senza deteriorazione dell'immobile al quale erano state incorporate, questo punto è indicato nell'art. 525. Ma la legge suppone forse che questa circostanza basterà da sè sola perchè si operi l'immobilizzazione? No, evidentemente. « *Il proprietario*, dice l'articolo 525, reputasi aver incorporati al suo fondo effetti mobiliari a perpetua dimora ... quando non possono esserne staccati... senza rompere o deteriorare la parte del fondo al quale aderiscono ». Or che cosa si deduce da ciò? Non solamente che la condizione che gli oggetti mobiliari non possano essere distaccati senza deteriorazione, non è da sè sola sufficiente perchè la immobilizzazione risulti dalla sua attuazione, ma ancora che il piazzamento non vale da sè stesso che quando è fatto *dal proprietario* sul suo fondo. Or nella specie le macchine erano state incorporate all'immobile da una società a cui quest'immobile non apparteneva. In verità il proprietario dell'immobile era socio egli stesso, ma ciò non voleva dire che la società fosse proprietaria; la proprietà risiedeva sempre sul capo del socio il quale, come individuo, aveva dritti distinti e perfettamente indipendenti da quelli dell'essere morale chiamato società. I socii non avevano dunque potuto nè immobilizzare la macchina, nè identificarla col fondo altrui e per conseguenza le ipoteche che il proprietario di questo fondo avesse potuto conferire e che fossero state iscritte sul suo immobile lo avrebbero gravato senza colpire la macchina la quale apparteneva alla società; e che appunto perciò aveva conservato non ostante l'aderenza all'immobile il suo carattere puramente mobiliare. Se la Corte di Cassazione ha deciso che la vendita stessa della macchina doveva come quella dell'immobile subire il dritto delle mutazioni immobiliari si è per un evidente obblio dei principii del puro dritto civile, per una di quelle dimenticanze di cui la giurisprudenza in materia di registro offre troppo frequenti esempii.

Ma l'arresto il quale per altro anche al punto di vista speciale in cui fu pronunziato è stato censorato (2) non potrebbe infirmare le verità di dritto acquistate e proclamate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in quanto concerne le condizioni essenziali dell'immobilizzazione per destinazione; e possiamo ripetere, che se evvi delle cose mobiliari le quali divengono fittiziamente immobiliari pel solo fatto della loro accessione ad un immobile per sua natura, avvene altre ancora le quali non sono immobilizzate che a patto di essere state poste sul fondo dal proprietario stesso o in suo nome e nell'intenzione di fare ormai di queste cose delle dipendenze del fondo (3).

371. Queste cose mobiliari, così fittizia-

(1) Arresto del dì 8 aprile 1829. (Ved. l'arresto alla sua data nella collezione del Bevilleneuve e al Giorn. del *Foro*.

(2) Ved. Championnière e Rigaud (Tr. del dr. di registro n. 3189). Ved. quanto abbiam detto nel supplemento al trattato di questi autori (n. 363) e nella Riv. crit. (t. I, p. 728). — Junge, Demolombe (t. IX, num. 214).

(3) A quali segni ed in quali circostanze questa intenzione potrà riconoscersi? Gli articoli 522 e segg., segnatamente il 525 fanno a tal riguardo talune precisioni, intorno alle quali sono sorte nell'applicazione serie difficoltà. Come abbiam già detto, non è qui il caso di entrare in questi ragguagli, di cui per altro

mente immobilizzate il nostro articolo dichiara suscettibili d' ipoteca, allorchè dopo aver menzionato gl' immobili, soggiunge: *e loro accessorii reputati immobili*; ma ciò non vuol dire, come questa semplice menzione potrebbe far credere, che siffatte cose sieno suscettibili di essere ipotecate distintamente; l' ipoteca, non colpisce gli oggetti immobilizzati se non accessoriamente al fondo e per estensione; vale a dire che quando essa è stabilita sul fondo, si estende, giusta l'art. 2133, di cui or ora ci occuperemo, a tutti i miglioramenti sopraggiunti al fondo. Questa correlazione tra l' immobile ed i suoi accessorii reputati immobili al punto di vista dell' ipoteca è stata posta in piena luce dalla legge belga del 16 dicembre 1851, in quanto che in vece di presentare l' enumerazione tal quale è fatta nel nostro articolo, questa legge menziona i beni immobiliari soltanto in un paragrafo speciale ed aggiunge in un paragrafo distinto, che « l' ipoteca acquistata si estende agli accessorii reputati immobili (1) ». Ma se il nostro articolo è meno esplicito, la portata ne è la stessa; la legge, secondo la espressione del Tarrible, non à nè voluto, nè inteso che si potessero separare gli accessorii dal principale e stabilire su questi passaggieri accessorii un' ipoteca la cui esistenza è necessariamente legata con l' immobilità dell' oggetto sul quale essa poggia. Questo punto non è stato giammai contestato (2).

375. Di qui una prima conseguenza: l'immobilizzazione dacchè è operata, profitta all' ipoteca acquistata anche anteriormente. P. es. Giuseppe, creditore di Pietro, ha preso iscrizione sulla casa di cui quest' ultimo è proprietario. In seguito Pietro incorpora a questa casa degli oggetti mobiliari nelle condizioni volute per operare l' immobilizzazione. L' ipoteca conferita a Giuseppe si estende a questi oggetti; essa vi si estende meno in forza dell' art. 2133 che fa profittare l'ipoteca di tutti i miglioramenti sopraggiunti all'immobile ipotecato (disposizione la quale ha il suo significato speciale) che in virtù del nostro articolo il quale, inteso come dev'essere, ha appunto per effetto di assicurare all' ipoteca il beneficio risultante dalla immobilizzazione per destinazione. Si può invocare in questo senso ed anche *a fortiori* la giurisprudenza di cui abbiam reso conto nel nostro comentario dell' art. 2102, giusta la quale il venditore di macchine più non può, dacchè sono state incorporate agl'immobili per le quali erano destinate, esercitare il privilegio di venditore in pregiudizio dei creditori ipotecarii iscritti sull' immobile (*ved. supra*, *n.* 154). Si possono invocare parimenti le decisioni secondo le quali l' ipoteca consentita su di una fonderia e suoi accessorii reputati immobili si estende agli oggetti che, dopo il contratto costitutivo dell' ipoteca e la iscrizione del creditore, sono stati rinnovati per causa di vetustà (3). Trattasi in tal caso di oggetti mobiliari immobilizzati. Ma la ragione di decidere è al certo la stessa.

376. Un' altra conseguenza della regola si è che gli oggetti mobiliari immobilizzati non sono gravati dell' ipoteca gravante l' immobile, che in quanto l' immobilizzazione continua. Gli oggetti mobiliari se vengono ad essere distaccati dall' immobile o se cessano di essere applicabili alla coltura di un fondo, di cui formavano gli ausiliarii o le dipendenze, rientrano nella loro primitiva natura di beni mobili; di tal che la causa che li aveva resi suscettibili d' ipoteca venendo a cessare, l' onere ipotecario cessa appunto con ciò di colpirli. Così, Paolo à posto sulla sua proprietà del bestiame e degli utensili aratorii per coltura di esso; questi oggetti sono con ciò divenuti immobili per destinazione, e come tali sono stati gravati dall' ipoteca da cui la proprietà era affetta a pro di Pietro. Ma Paolo, interamente libero dei suoi dritti, vende senza frode questo bestiame e questi utensili; tali oggetti riprendono la loro primitiva natura, chè più non appartenendo al proprietario del fondo e più non essendovi annessi, cessano di essere nella condizione che li aveva immobilizzati: il pegno di Pietro è diminuito di altrettanto.

Ciò è costante in dottrina ed in giurisprudenza (4). Ecco nonpertanto una specie in cui i principii sono stati sotto tal rapporto gravemente sconosciuti.

il Marcadé si è occupato trattando *della distinzione dei beni* (vid. t. II. n. 348 e segg.). Il lettore potrà consultare eziandio i lavori del Demolombe (t. IX, n. 219 e segg.); vi troverà uno dei comentari più completi e più istruttivi di questa parte del nostro dritto. Rimandiamo del pari, per un punto speciale, l'immobilizzazione degli specchi di un appartamento ad un notevole articolo che il nostro dotto amico Coin-Delisle ha pubblicato nella Rivista critica di giurisprudenza (t. III, p. 21 e segg.).

(1) Ved. Delebecque (Comm. legisl., p. 190).

(2) Ved. il Persil (art. 2118, n. 5), Tarrible (Rep. del Merlin, v° Ip., p. 898), Toullier (t. VII, p. 231), Duranton (t. XIX, n. 254), Valette (n. 127, p. 186), Dalloz v° Ip., p. 120, n. 3), Troplong (n. 399).

(3) Rouen, 17 maggio 1825 (Ved. l' arresto alla sua data nel Giorn. del Foro)—Nello stesso senso un arresto della Corte di Parigi del 28 luglio 1853. (Ved. l'arresto alla sua data) — Jaeger Martou (n. 718).

(4) Ved. Corte di cass., 5 agosto 1829, 3 agosto 1831,

Dardenville proprietario di uno stabilimento di bagni era debitore di Monchy al quale aveva conferito ipoteca sulla casa cui era annesso il suo stabilimento. In seguito diè in fitto questo stabilimento a Laine, al quale vendette in pari tempo gli oggetti mobiliari componenti il suo materiale di esplotazione. Dopo qualche tempo, la casa fu pegnorata e venduta, ma senza il materiale, di cui Laine aveva domandato la distrazione. Monchy, creditore ipotecario, si era reso aggiudicatario; ma il prezzo non essendo bastato a covrirlo del suo credito, ricorse contro Laine come terzo detentore del materiale dei bagni e gli fece intima di fargli il rilascio di tale materiale, o di pagargliene il prezzo. Su di ciò istanza innanzi il tribunale della Senna il quale giudica « che Monchy non à potuto essere privato di alcuno dei dritti a lui appartenenti sui mobili formanti il materiale dei bagni in seguito dell' affezione ipotecaria; che questa regola di dritto si applica agli oggetti immobili per destinazione come agl' immobili proprismente detti; e che per non aver purgato le ipoteche gravanti gli oggetti di che trattasi, Laine come terzo detentore si trovava obbligato di pagare il montare degli oneri ipotecarii o di rilasciare ». E la Corte di Parigi accettando pienamente questa teoria la consacra in appello mercè l' adozione pura e semplice dei motivi (1).

Vi sono nonpertanto poche decisioni i cui motivi si difendono meno bene da sè stessi. Come ammettere in pria la tesi sì assoluta di cui l' arresto forma il suo punto di partenza, cioè; che un creditore ipotecario non può essere privato di alcuno dei diritti a lui appartenenti in seguito dell' affezione ipotecaria su di un materiale fittiaiamente immobilizzato? Non è forse elementare che gli oggetti mobili per loro natura, quando sono immobilizzati per accessione, non sono immobili che accidentalmente, di tal chè se vengono ad essere separati, l' immobilizzazione cessa; che questa immobilizzazione la quale è la causa dell' ipoteca venendo a cessare, l' onere ipotecario che è l'effetto debbe cessare ugualmente? Non è questa forse, allorchè per altro tutte le cose sono compiute senza frode, una verità evidente, sì evidente da sè stessa, che non si può neppure tentare di dimostrarla? Come ammettere in seguito quest' altra idea, nella quale si completa l' arresto, che l' acquirente del materiale debb' essere tenuto, come terzo detentore, per non aver purgato le ipoteche da cui questo materiale era gravato! Non trattasi di oggetti mobiliari! Colui che compra un materiale di esplotazione, compra mobili, nè più, nè meno. E chi ha mai inteso parlare, diremo col Valette, di una purga effettuata da un compratore di mobili? (2). In qual modo si regolerebbe l' acquirente di cose di simil natura per purgare? Quali sono le formalità che dovrebbero adempiersi? E quali indicazioni, quali insegnamenti attingerebbe nella legge che, in tutto ciò che dice sulla purga, si mette a fronte di un' alienazione di immobili? Evidentemente l' arresto della Corte di Parigi resta a lato della verità giuridica e la sua decisione non formerà autorità.

Ciò che forse à determinato la Corte di Parigi al partito da lei preso, senza ch'ella pertanto l'abbia detto, si è che nella specie il materiale di esplotazione erasi venduto dal proprietario al conduttore stesso e per conseguenza era rimasto nella casa o almeno nello stabilimento annesso a questa casa. Ma questa circostanza non giustifica la decisione; chè se la vendita quando è seguita dal trasporto degli oggetti venduti à per effetto di distruggere l'immobilizzazione e quindi di sottrarre all' ipoteca gli oggetti renduti alla loro natura di beni immobiliari, non vi è al certo ragione alcuna perchè non sia lo stesso della vendita non seguita dal trasporto, della vendita fatta ad un compratore il quale per una o altra ragione giudica a proposito di lasciare sul luogo gli oggetti da lui comprati; in quest' ultimo caso ancora è vero il dire che gli oggetti venduti più non sono nella condizione stessa, che produce l'immobilizzazione, in quanto che più non appartenendo al proprietario del fondo, non possono essere considerati come annessi a questo fondo a perpetua dimora. Ciò per altro è riconosciuto dai molti arresti citati in nota i quali consacrano la nostra soluzione appunto in questo caso di vendita non seguita da trasporto degli oggetti venduti; ed uno di questi arresti emana dalla Corte stessa di Parigi che, meglio penetrata dei principii, è rivenuta sulla sua precedente decisione.

Teniamo dunque per certo che gli oggetti mobiliari che, dopo essere stati immobilizzati per destinazione sono resi alla loro pri-

17 luglio 1838, 25 maggio 1841 (Dev., 21, 1, 383; 38, 1, 860; 41, 1, 36); Bourges, 31 gennaio 1843; Parigi, 5 agosto 1842 (Dev., 41, 2, 67; J. P., 1843, t. 1, p. 221). — Ved. pure il Troplong (n. 399), Valette (p. 225, 226), Martou (n. 719)

(1) Ved. Parigi, 29 febbraio 1836 (Dev., 36, 2, 349).

(2) Valette (*loc. cit.*).

mitiva natura di beni mobili cessano appunto perciò di essere colpiti dall'ipoteca da cui è gravato l'immobile al quale erano stati incorporati. Ciò vuol forse dire che il debitore proprietario dell'immobile possa a suo talento ed in ogni stato di cose, operare la separazione, senza che i suoi creditori ipotecarj abbiano alcun mezzo di opporsi alla diminuzione del suo pegno? La quistione ha la sua importanza; ma non è questo il luogo di trattarla; e salvo a riveuirvi sopra (*infra*, n° 447), passiamo ora agl'immobili della terza categoria.

VI. — 377. La legge alloga in una terza categoria d'immobili « l'usufrutto delle cose immobiliari; le servitù o servigi fondiarii; le azioni che tendono a revindicare un immobile. » Codice Napoleone articolo 526. Più non trattasi qui di cose materiali, che si possono vedere e toccare, come quelle delle due categorie, di cui ciascuna à fin qui formato successivamente l'obbietto delle nostre osservazioni; ma di cose incorporali che non ànno esistenza fisica, di dritti esistenti sur immobili, o aventi per oggetto immobili, perchè infatti l'art. 526 Codice Napoleone immobilizza due specie distinte di dritti; le une alle quali si riferiscono i due primi paragrafi dell'articolo, che sono smembramenti della proprietà di un immobile; le altre alle quali si riferisce l'ultimo paragrafo, che tendono a procurare la proprietà di un immobile o uno smembramento di simile proprietà.

Del resto la disposizione di questo articolo 526 è molto incompleta sull'una e l'altra specie di dritti; nella prima, come già sappiamo, si allogano non solo l'usufrutto e le servitù o servigi fondiarii, di che parla l'articolo, ma ancora l'uso e l'abitazione, e l'ipoteca ec.; nella seconda si allogano, non già come dice l'articolo, *le azioni che tendono a revindicare un immobile*, ma tutti i dritti che, senza poggiare attualmente sull'immobile, tendono ad esso e debbono procurare alla persona la proprietà o uno smembramento della proprietà di questo immobile.

Non dobbiamo qui insistere su queste lacune del testo dell'art. 526; è uopo a tal riguardo riportarsi al comentario del Marcadè (t. I, n° 353 e segg.); dobbiamo soltanto ricercare quali sono, di tutti i dritti in quistione (e per conseguenza non solo dei dritti enumerati nell'art. 526, ma ancora di quelli che fa d'uopo aggiungere alla enumerazione) quelli che sono suscettibili d'ipoteca. Vediamo dunque successivamente, sotto questo punto di veduta che cosa n'è dell'usufrutto, degli affitti e specialmente dell'enfiteusi ed altri contratti analoghi, dell'uso e dell'abitazione, delle servitù o servigi fondiarii, dell'ipoteca e delle azioni aventi per oggetto la proprietà di un immobile o di uno smembramento della proprietà.

378. In quanto concerne l'usufrutto non v'è dubbio possibile; è il solo di tutti i dritti di sopra indicati che il nostro art. 2118 abbia menzionato come suscettibile d'ipoteca. Ma se la regola è certa, l'applicazione non è senza qualche difficoltà. Qual è appunto il dritto che il nostro articolo à in mira? Come ed in quale misura questo dritto può essere colpito dall'ipoteca? Ecco i punti a precisare.

379. Si è dumandato in pria se evvi luogo a comprendere nell'usufrutto cui il nostro articolo dichiara suscettibile d'ipoteca, il godimento accordato al padre durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento del matrimonio al superstite dei genitori dei beni dei loro figli minori sino all'età di 18 anni compiuti, o sino all'emancipazione, la quale potrebbe aver luogo pria dell'età di 18 anni, (Codice Napoleone, artic. 384). Taluni autori ànno emesso teorie da cui si deduce la soluzione affermativa. Così il Proudhon insegna che «questo dritto di godimento è davvero un dritto di usufrutto legale; chè è sottoposto alle regole generali dell'usufrutto; come ogni specie particolare rientra sotto il regime del genere al quale appartiene »; e più oltre e suppone senza esitare che questo dritto può essere l'oggetto di un pegnoramento reale da parte dei creditori del padre e che può essere da essi venduto (1).

I redattori dei progetti recentemente sottoposti all'assemblea legislativa pensavano tutti altrimenti; avevano anzi giudicato opportuno di dirlo: ed in fatti dichiarando l'usufrutto dei beni immobiliari suscettibile d'ipoteca, avevano formalmente eccettuato *l'usufrutto legale dei genitori* (ved. *supra*, n° 348) A parer nostro ciò non era neppur necessario; noi pensiamo che la riserva, tutto che non scritta nella legge, non dev'essere men riconosciuta. Il dritto di godimento accordato al padre o al superstite dei genitori non può, checchè se ne dica, essere giustamente assimilato all'usufrutto ordinario. Non costituisce a dir vero, come l'usufrutto propriamente detto, uno smembramento della proprietà dei beni appartenenti ai figli; e ciò che lo prova si è che le leggi fiscali non àn giammai inteso che il padre o la madre venendo in virtù della semplice potestà

(1) Ved. Proudhon (Dell'Usuf., n. 123 e 221). — *Junge*: Zachariae (t. III, p. 683), Duvergier (Della vendita, t. 1, n. 217).

patria, all'amministrazione a al godimento dei beni dei loro figli minori non emancipati, fosse passibile di alcun dritto verso il fisco. Era la formale dichiarazione della legge del 9 ottobre 1791, la cui disposizione in questo punto è stata rimessa in vigore, allorchè l'usufrutto paterno, momentaneamente abolito dalla legge del 17 nevoso, anno 2, è stato ristabilito dall' art. 384, Codice Napoleone (1). Che cosa è dunque questo dritto? È una specie di amministrazione con godimento di rendite, è vero, ma anche con obbligazioni ed oneri correlativi, all'adempimento delle quali queste rendite debbono anzi tutto essere impiegate; è poi un attributo della patria potestà, se non un attributo essenziale, poichè può stare che altri fuori del padre o della madre eserciti quest'amministrazione, almeno un dritto derivante da questa patria potestà e che non può o non dev'esserne distaccato se non nei casi specialmente preveduti dalla legge.

E come, fuori di questi casi, un tal dritto potrebb'essere trasmesso dal padre e passare in altre mani diverse dalle sue? Ciò non è possibile perchè il padre o la madre non potrebbe alienare questo dritto, senza menomare tra le sue mani e forse senza perdere interamente i mezzi di soddisfare totalmente alle obbligazioni che gli sono correlativamente imposte, senza abdicare più o meno una missione che è del suo dovere e del suo onore di adempiere da sè solo, o senza condannarsi a subire un controllo che, paralizzando la sua azione, non gli permetterà nell' adempimento degli oneri almeno il più essenziale di tutti, quello che concerne l'educazione e il mantenimento, di regolar tutto, come deve fare, avuto riguardo alla situazione particolare, ai bisogni, all'attitudine di ciascun figlio. Or se a causa di ciò, il dritto di godimento e di amministrazione conferito al padre o al superstite dei genitori non può formar l'obbietto di una alienazione volontaria da parte del padre o della madre, è di tutta evidenza che non può neppure perdersi per effetto di un'alienazione forzosa: dal che debbesi giungere, per una ulteriore conseguenza, a riconoscere che un tal dritto non è suscettibile di essere gravato da una ipoteca, la quale è essa stessa un primo passo verso quest'alienazione forzosa e che sarebbe nulla pel creditore ipotecario se non potesse condursi. Tale è l'opinione dominante (2).

380. Quando diciamo dell'usufrutto legale, è uopo dirlo parimenti dei dritti di godimento che appartengono alla comunione sui beni proprii di ciascuno dei conjugi, o al marito sui beni della moglie nel regime dotale o nelle stipulazioni matrimoniali esclusive di comunione, (Cod. Nap. art. 1401, 1409, 1549 e 1562). È uopo dirlo parimenti del dritto di godimento attribuito agl'immessi in possesso provvisorio dei beni di un assente, ai termini dell'art. 127, Cod. Nap. Non sapremmo scorgere in tutto ciò che un semplice dritto di amministrazione stabilito in vista di diverse situazioni, e non mica il dritto di usufrutto propriamente detto, vale a dire il dritto che costituisce lo smembramento più notevole della proprietà.

381. Ciò che il nostro articolo ha in mira si è appunto questo smembramento della proprietà. Noi vi troviamo infatti un dritto reale che può formar l'obbietto di una cessione volontaria da parte di colui che la esercita (Cod. Nap. art. 595); noi vi scorgiamo uno di quei beni di cui il possessore può essere spossessato col mezzo dell'espropriazione forzata e che per conseguenza può essere venduto all'incanto (art. 2204); rientra dunque nelle condizioni volute per essere suscettibile d'ipoteca (*ved. supra*, n. 355).

E si noti che l'ipoteca può consentirsi sull'usufrutto, non solo quando è separato dalla nuda proprietà, ma ancora quando è riunito a questa nuda proprietà tra le mani dello stesso proprietario. Senza dubbio la legge ben ci dice che l'usufrutto è il dritto di godere delle cose di cui *un altro* ha la proprietà (art, 578); ma non ne segue che l'usufrutto, vale a dire l'utile stesso di un immobile non possa concepirsi che separato dalla proprietà. Non potremmo dunque ammettere l'opinione ammessa da taluni giureconsulti (3), giusta i quali finchè il godimento e la nuda proprietà non sono distaccati l'uno dall'altra per essere devoluti a persone differenti, non vi sarebbe usufrutto suscettibile di essere ipotecato. Come abbiam detto più sopra al n. 332, ci sembrerebbe contraddittorio che colui il quale può staccare l'usufrutto dalla sua cosa per alienarla, non potesse distaccarlo per gravarla d'ipoteca; o ancora, che colui il quale, consentendo un'ipoteca, può stipulare che essa non graverà che la metà del suo immobile in vece di gravarlo in totalità, non potesse stipulare che invece di gravare la piena proprietà di questo im-

(1) Ved. gli arresti della Corte di cassazione del 23 maggio 1813 e 15 luglio 1842 (Dev., 42, 1, 695).

(2) Ved. in questo senso Duranton (t. III, n. 403 *bis*, e t. IV, n. 486), Demolombe (t. VI, n. 524), Martou (n. 733), Valette e Proudhon (t. II. p. 267).

(3) Ved. Zachariae (t. II, p. 97, nota 2), Dalloz (r. Ip., cap. 2, sez. 1, n. 11), Martou (n. 735).

mobile, essa ne colpirà soltanto la porzione utile, cioè l'usufrutto (1). Senza dubbio la restrizione dell'ipoteca in questo senso si produrrà di raro; non è impossibile pertanto d'intravvedere simile posizione, nella quale il debitore troverebbe così qualche convenienza a restringerla; se tale convenienza esiste, e se per altro il creditore vuol ben consentire a soddisfarla, noi non vediamo in vero chi avrebbe qualità per opporvisi, nè quale è il testo sulla autorità del quale l'opposizione sarebbe giustificata.

382. Ma, è uopo notarlo, è il *dritto* stesso che il nostro articolo ha in mira, e non mica i frutti che ne costituiscono l'emolumento. Si è sostenuto nonpertanto innanzi la Corte di Torino, che allorquando un usufrutto trovasi colpito da ipoteca a pro di un creditore, ne risulta che gli estagli, i quali altro non sono che il dritto di usufrutto attuato, debbono appartenere a questo creditore, e che il prezzo dei frutti sequestrati debb'essere distribuito per ordine di ipoteca, e ciò ch'è più strano, il sistema è stato consacrato dalla Corte innanzi alla quale era stato portato (2). Val forse la pena di dire che questa soluzione è universalmente censurata (3)? Gli estagli non sono l'attuazione dell'usufrutto, come i frutti non sono la rappresentazione dell'immobile: i creditori chirografarii che han soccombuto innanzi la Corte di Torino, ciò dicevano con piena ragione contro la pretesa del creditore ipotecario, loro avversario. Non si sa spiegare come la Corte abbia preso tale abbaglio da non far distinzione tra l'usufrutto stesso e i frutti che giornalmente si percepiscono. Questi frutti, abbiam detto ciò che sono, quando sono venduti separatamente dall'immobile, *ved. supra*, n. 362; e supporre come ha fatto la Corte di Torino che in questo caso ed anche quando sono colpiti da sequestro, il prezzo può esserne distribuito tra'creditori, tutto altrimenti che per contributo, come rappresentante cose mobiliari che la loro stessa natura sottrae all'ipoteca, si è equivocare sulla parola *usufrutto* adoperata dal nostro articolo e prestarle un significato che essa al certo non comporta.

A causa di questo equivoco senza dubbio e per dirimerlo erasi detto nei primi progetti di riforma preparati nel 1849: « Sono soltanto suscettibili d'ipoteca, 1°...; 2° *il dritto* di usufrutto sugli stessi beni, ecc. (4). Nonpertanto la parola *dritto* non trovasi negli ulteriori progetti, in quelli almeno che erano stati redatti dalla Commissione dell'Assemblea legislativa. Ma a dir vero ersvi poco pericolo a mantenere il testo tal quale lo trovismo al Codice nella disposizione relativa all'usufrutto: l'arresto della Corte di Torino, che era senza precedenti nella dottrina e nella giurisprudenza, vi è ancora senza aderenti.

383. Da ultimo l'usufrutto non è suscettibile d'ipoteca nei termini del nostro articolo, che *per la sua durata*. Ciò si spiega a meraviglia; gli è aperto che, allorquando il dritto stesso viene a sparire estinguendosi in total modo, l'ipoteca da cui questo dritto era gravata, più non potrebbe sussistere.

Ma l'usufrutto si estingue, giusta l'art. 617, Cod. Nap. con la morte dell'usufruttuario, con lo spirar del tempo pel quale è stato accordato, con la consolidazione o la riunione sullo stesso capo delle due qualità di usufruttuario e di proprietario, col non uso del dritto per trent'anni, e con la perdita totale della cosa sulla quale è stabilito l'usufrutto. Ciò vuol forse dire che tutte queste cause che operano l'estinzione dell'usufrutto, operano appunto con ciò la estinzione dell'ipoteca da cui l'usufrutto fosse gravato? Il solo Martou a parer nostro, tra gli autori, si pronunzia per l'affermativa e non eccettua neppure il caso in cui l'usufrutto si estingue con la consolidazione. Egli non à ammesso che colui il quale ha la piena proprietà di un immobile, ne possa distintamente ipotecare l'usufrutto; e conseguente a sè stesso, insegna che, anche nel caso in cui il debitore acquista la nuda proprietà dell'immobile, il cui usufrutto era gravato tra le sue mani, l'estinzione dell'usufrutto che si opera allora con la consolidazione trae seco la estinzion dell'ipoteca. Il Martou pensa che il rigore delle regole vuole così, e che in fin dei conti far qui prevalere i principii non nuoce all'interesse del creditore, poichè in tale situazione in cui le garentie offerte dal debitore ed il suo credito aumentano, il creditore è sicuro di trovare un *soccorso utile* nell'art. 2131, che gli permette di ripetere sin da ora il pagamento, o di ottenere un supplemento d'ipoteca, *allorquando il suo pegno è perito*, o è divenuto insufficiente (5).

In quanto a noi, che nulla abbiam veduto di contrario ai principii o alla ragione nella situazione di un proprietario, il quale avendo

(1) Ved. in questo senso, Troplong (n. 400, nota 2), e Battur (n. 245 e 246).
(2) Ved. Torino, 21 aprile 1810.
(3) Ved. Persil (art. 2118, n. 13 e 14), Toullier (t. VII, p. 533), Troplong (n. 400).
(4) Ved. il rapporto del Persil, p. 87.
(5) Ved. Martou (n. 731).

la piena proprietà di un immobile, ne ipoteca l'usufrutto soltanto *(ved. supra*, n.332 e 381), giungiamo al ponto particolare che ne occupa ad una consegoenza del tutto contraria a quella che deduce il Martou; noi pensiamo con la generalità degli autori (1) che, se l'ipoteca debbesi estinguere in tutti i casi in cui si estingue il dritto di godimento esercitato dall'usufruttuario, p. es. quando egli viene a morire, quando l' immobile gravato viene a perire in totalità, quando è spirato il tempo pel quale si è accordato l'usufrutto, essa deve sussistere per lo contrario quando, nel caso preveduto di consolidazione, l'usufrutto, tutto cho estinto come dritto distinto esercitato da tutt' altro cho il proprietario, sopravvive in certo modo e sussiste nel dritto di godimento, in un dritto che non cangia mani, che il debitore stesso continua ad esercitare, che esercita soltanto in qualità di proprietario, invece di esercitarlo come usufruttuario. Che l' usufrutto sia allora estinto nei rapporti del proprietario e dell'usufruttuario, sia pure, e ben è d'uopo che il sia, poichè ormai proprietario ed usufruttuario non formano cho una sola e medesima persona: a ciò incontestabilmente debbesi menare la disposizione della legge, la quale fa della consolidazione una causa estintiva dell' usufrutto. Ma altrimenti è dei dritti che àn potuto esser conferiti ai terzi, son questi dritti acquistati, ai quali l'usufruttuario non può recar ferita; e poichè anche dopo la consolidazione, il dritto di godimento sussiste, sempre riconoscibile, tra lo sue mani, è giusto che il creditore al quale questo dritto appunto erasi dato per pegno lo conservi come tale, anche dopo la consolidazione. Se il creditore non può nel caso particolare invocare il beneficio dell'art. 2133, giusta il quale l'ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopraggiunti all'immobile ipotecato (*infra*, n. 407), almeno fa d'uopo riconoscere il dritto che à di dimandare che gli si lasci il pegno, tal quale lo à ricevuto. È più semplice al certo che il rinviarlo a provvedersi, ai termini dell'art. 2131, vale a dire pel pagamento immediato del suo credito o pel supplemento d'ipoteca; e a un tempo ciò meglio si accorda con lo spirito della legge; chè in fin dei conti quest'ultimo articolo ha in mira il caso in cui gl'immobili ipotecati *sono periti* o *àn subìto degradazioni* tali che sono divenuti insufficienti per la sicurezza del creditore, di guisa che non sarebbe strano di ricorrervi in una ipotesi in cui il credito del debitore si è aumentato invece di scemare.

384. Dopo l' usufrutto, l' ordine logico delle idee ci guida a spiegare i dritti di uso e di abitazione di un bene immobiliare; questi dritti in fatto, come spiega il Demolombe, sono un *diminutivo* dell'usufrutto e sono virtualmente compresi nell' art. 526, Cod. Nap., sotto la denominazione generale di *usufrutto*, come nell' art. 543 sotto la denominazione generale di *godimento* (2). Sono adunque beni immobili per l'oggetto al quale si applicano, al pari dell'usufrutto degli immobili, e come l'usufrutto costituiscono veri *dritti reali*. Ciò vuol dir forse che siano suscettibili d'ipoteca? No, e vi sono due ragioni decisive; una, che i dritti di uso e di abitazione non sono menzionati nel nostro art. 2118, il quale procedendo come abbiam fatto già notare con una formola limitativa *(sono soltanto suscettibili d' ipoteca)*, esclude tutto ciò cho non menziona; l'altra che questi dritti i quali si misurano sui bisogni di coloro che li esercitano e variano quindi a seconda di questi bisogni, non possono inoltre nè cedersi, nè darsi in fitto, giusta le formali disposizioni della legge (Cod. Nap. art. 631 e 634); di tal che non essendo nè cedibili nè sequestrabili, non trovansi appunto perciò nelle condizioni volute perchè l' ipoteca possa rannodarvisi (*ved. supra* n. 355). La contraria opinione emessa da taluni autori, almeno in quanto concerne i diritti di uso nelle foreste (3), è un errore manifesto, cui la dottrina ha generalmente condannato (4).

385. Che cosa fa mestieri dire del dritto risultante da un affitto in favore del conduttore? È un punto sul quale non è permesso di esitare. Il dritto del conduttore non à per oggetto l'immobile stesso che il proprietario gli à dato in fitto; il suo dritto consiste in ciò, ch'esso gli permette di astringere il proprietario o il rappresentante di lui a farlo godere della cosa che l'affitto gli à conferita, vale a dire a procurargli l' esercizio della duplice facoltà di percepire i frutti dell' immobile e di acquistare questi frutti con la percezione. Or considerato nel suo obbietto come nel suo risultato, questo dritto appartiene essenzialmente alla classe dei dritti personali e mobiliari. Ciò era costante nell' antica giurisprudenza (5). A dir vero, nel nostro antico dritto credevansi autorizzati dal principio fer-

(1) Ved. Grenier (t. I, n. 146), Proudhon (Usuf., n. 2071), Duranton (t. XIX, n. 262), Dalloz (loc cit., n. 21).

(2) Ved. Demolombe (t. IX, n° 333).

(3) Ved. Grenier (t. I, n. 140) Battur (t.II, n.232).

(4) Duranton (t. XIX, n 266), Zachariae t. II, p.98 nota 8), Taulier (t. VII, p. 235), Troplong (n. 403), Valette (n. 128), Martou (n 739).

(5) Dumoulin (su Parigi. § 30, n. 108 e segg), Coquille (sul Nivernese quist. 202), Bourjon (t. I, parte

mato nella legge *Emptorem (De loc. et cond.)*, giusta il quale il compratore di un fondo poteva, se avesse acquistato senza l'onere dell'affitto, espellere il colono sl quale il fondo era stato precedentemente locato. Ma da chè il Codice Napoleone ha per lo contrario dichiarato nell'art. 1743, « che se il locatore vende la cosa locata, l'acquirente non può espellere il colono o l'inquilino avente un affitto autentico, o la cui data è certa, a meno che non siasi riservato questo dritto nell'affitto » ne segue che il dritto è stato del tutto mutato e che da personale e mobiliare che era, sia divenuto reale ed immobiliare? Noi nol pensiamo. Il primo presidente Troplong è su questo punto di diversa opinione; a parer suo, l'art. 1743, Cod. Nap. avrebbe operata una radicale rivoluzione in quanto concerne il dritto risultante dall'affitto, e di tutte le teorie sì saggiamente elaborate che ha prodotte l'illustre scrittore, questa certamente è una di quelle che brillano della più viva luce e ànno la maggiore attrattiva (1). Nonpertanto noi persistiamo a pensare che l'art. 1743, Cod. Nap. non à tutta questa portata; guardandovi dappresso noi vediamo in questo articolo una misura presa nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria, del commercio, troppo manifestamente sagrificati dal principio della legge *Emptorem*; non vi vediamo nulla altro che ciò. Il Codice à voluto che il conduttore, il quale ha avuto la cura di porre il suo affitto al coverto da qualunque contestazione dandogli una data certa, fosse sicuro di esercitare il suo dritto in tutta la estensione di esso e di mantenersi nei luoghi per tutta la durata dell'affitto, qualunque fossero le mutazioni di proprietà che potrebbero operarsi, non à ammesso che un inquilino o un colono potesse essere espulso, dopo avere speso il suo tempo e il suo danaro nell'interesse della sua esplotazione, allorchè i suoi sacrifizii sono compiuti e forse al momento di raccoglierne il frutto, da un novello proprietario che venisse a succedere al locatore. L'art. 1743 vuole dunque dire che la clausola la quale impone all'acquirente l'obbligo di rispettare l'affitto dell'immobile è sotto-intesa in qualunque atto di alienazione di tale immobile, e ciò evidentemente nulla cangia alle condizioni, alla natura del dritto risultante dallo affitto. Con la regola dell'art. 1743, come con la regola contraria, il locatore o il suo rappresentante è *personalmente obbligato* a far godere il conduttore, il quale dal canto suo rimane col suo dritto, tendente sempre a fargli avere la duplice facoltà di percepire i frutti dell'immobile, di acquistarli mercè la percezione, e col suo dritto che non tende ae non a ciò. Or questo dritto, ripeteremo col Marcadè (ved. art. 527, n. 5; art. 578, n. 2, art. 595, n. 1, e art. 1743 n. 1) e con gli autori e la giurisprudenza (2), nulla racchiude che permetta di considerarlo come un dritto reale; è puramente personale o mobiliare: non è dunque suscettibile di ipoteca.

386. Tale è la regola. È essa applicabile anche agli affitti a lunga durata, alle enfiteusi, a taluni altri affitti? Su questo punto, se fosse mestieri attenersi ancora all'antica giurisprudenza, non vi sarebbe neppure da esitare. Infatti, mentre che il dritto risultante da un semplice affitto di podere era tenuto nell'antico dritto per personale e mobiliare, come testè vedemmo, il dritto di un enfiteuta, di un locatore con affitto a lunga durata era ben diverso, è un dritto nel fondo, *jus in re*, il quale è un dritto immobiliare, e rispetto ad essi, la regola della legge *Emptorem* non è applicabile, in quanto che coloro che ànno un dritto in un fondo possono reclamare il loro dritto, in qualunque mano passi il fondo, tutto che non ne fossero stati gravati gli acquirenti (3).

Ma siffatta dottrina non potrebbesi oggidì seguire.

387. Anzi tutto essa è incontestabilmente applicabile agli affitti a lunga durata. Forse se si trattasse di fare la legge, sarebbe opportuno il riconoscere che, essendo l'usufrutto suscettibile di ipoteca, non v'è ragione perchè l'affitto di lunga durata; p. es. l'affitto su di una o più vite, o anche l'affitto di

3, quest. 1, e t. II, quist. 65, p. 69), Brodeau su Louet (lett. L. somm. 4, t. II, p. 33), Brillon (v. Affitto n. 19, 42, 45), Bretonnier su Henrys (t. IV, p. 27), Despeisses (t. I, p. 119), Ferrière (su Parigi, art. 171, gloss. 1, n. 52), Rousseau de Lacombe (v. Affitto, sez. 1 e 2), Pothier (Locaz. n. 288 e segg.; Comm. n. 71).

(1) Ved. Troplong (Vendita, n° 321, Locazione, t. I, n. 5 a 20, e t. II, n. 473 e segg.). *Junge*: de Fréminville (Min., t. 1, n. 528), Belime (Dr. di prop., n. 309).— Ved. pure Parigi 16 feb. 1808; Bruxelles, 3 aprile 1811; Digione 21 apr. 1827.

(2) V; Proudhon (Usuf., n. 102), Delvincourt (t. III p. 185, 188, 193, note), Toullier (t. III, 335, . t, n. 435, t. XII, n. 105), Poncet (Azioni, n. 124), Ducaurroy (Temi, t. IV), Duranton (t. IV, n. 73, t. XVII, n. 139), Dalloz (Locazione, n. 5 e segg.), Curasson (2. ediz., p. 350), Bellot de Minieres (*Dritto*, 20 maggio 1836), Championniere e Rigaud (t. IV, n. 3032) Duvergier (Locazione, n. 28 e n. 279 e segg.), Ferry (Riv. str. e fr., 1841, p. 609 e 849, 1842, p. 123), Taulier (t. VI, p. 210, 214), Valette (p. 193, in fine) — Ved. pure un arresto notevolmente motivato della Corte di Caen del 24 nov. 1849 (J. P., 1850, t. I, p. 166).— *Junge*: Valenciennes, 23 dec. 1830, e Rig. 14 nov. 1832 (Dev., 33, 1, 32, 49, 2, 553).

(3) Ved. Pothier (Comm., n. 71).

trent'anni e più non ne sia ugualmente suscettibile. Si è veduto più sopra che il progetto sottoposto all'Assemblea legislativa nel 1850 erasi redatto in questo senso, (ved. *supra*, n. 348). Non potrebbesi forse dire col relatore della commissione che, almeno sotto il rapporto della durata, simili affitti debbono considerarsi come aventi una certa analogia con l'usufrutto creato a titolo oneroso; tanto più che l'usufrutto che non è accordato a particolari non dura che trent'anni? (Cod. Nap. art. 619). E non potrebbesi forse soggiungere che ordinariamente colui il quale prende in fitto per trent'anni, non si obbliga per uno spazio sì lungo se non perchè si propone di fare dei miglioramenti importanti e vuole avere il tempo di raccoglierne il frutto? che quindi conviene di accordargli la facoltà di procurarsi del credito per effettuare queste migliorie e perciò di fornirgli il mezzo più efficace che è di rendere il dritto all'affitto suscettibile di ipoteca? (1). Ma queste considerazioni, buone forse per determinare il legislatore ad allargare il cerchio nel quale ha ristretto i beni suscettibili di ipotece, non sono di alcun valore, allorchè si tratta d'interpretare ed applicar la legge qual'è fatta. Or la legge non considera come suscettibili d'ipoteca che i *beni immobiliari*. Il dritto risultante da un affitto a lunga durata può forse allogarsi nella classe dei beni di simile natura? Il dritto novello ha forse confermato sotto tal rapporto le soluzioni dell'antica giurisprudenza? Tutta la quistione sta in ciò; ma questa non è mica una quistione; chè il Codice non limita in modo alcuno la durata degli affitti, di quelli almeno consentiti da un proprietario che gode di tutti i suoi dritti; à parlato degli affitti in modo generale, e nulla indica che li abbia considerati sotto un punto di vista diverso, secondo che il proprietario che era libero di consentirli si è ristretto nei termini ordinarii, o à locato per termini più lunghi. Di qui segue che la durata dell'affitto nulla cangia alla natura del dritto risultante dalla convenzione; e poichè questo dritto è puramente mobiliare negli affitti ordinarii, non v'è motivo per cui non sia mobiliare del pari negli affitti di molti anni. Questi ultimi differiranno ormai dagli affitti ordinarii per un effetto della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione nel senso che, allorquando si produrranno nelle condizioni determinate dalla legge e spiegate di sopra (*ved. supra*, n. 367) saranno soggetti alla formalità della trascrizione; ma al punto di vista della ipoteca, sono del tutto identici nel senso che il dritto che ne risulta non è, al pari degli affitti ordinarii, suscettibile di essere ipotecato.

388. In quanto concerne l'enfiteusi evvi maggiore difficoltà. Com'è noto, la giurisprudenza e la dottrina tendono sempre più a riconoscere che il Codice Napoleone non à nè mutate, nè modificate le regole concernenti l'enfiteusi. Questo contratto, secondo l'opinione dominante, sarebbe sempre considerato come avente un carattere particolare; la nuova legge non l'avrebbe lasciato confondere col contratto di locazione. Il conduttore vi acquisterebbe il dritto, per tutta la durata dell'enfiteusi, di esercitare l'azione *in rem* contro coloro che lo turbassero nel suo possesso e contro il locatore stesso, e la facoltà di disporre con vendita, permuta, o donazione, di tutto ciò che possiede a titolo di enfiteusi. Or si è questo il dritto reale, da cui seguirebbe che il censo enfiteutico fosse nel novero dei beni suscettibili d'ipoteca (2). — Che vi dovrebbe essere dalla legge annoverato, se dovesse farsi la legge, noi il comprendiamo perfettamente, e ci spieghiamo benissimo, come in tutte le epoche in cui si è trattato d'introdurre riforme nel regime ipotecario, siasi proposto di aggiungere alla enumerazione contenuta nel nostro art. 2118 il dritto del conduttore con affitto enfiteutico (3). Ma che si possa considerare questo dritto come compreso nel nostro articolo, tal quale è oggidì, ciò è tutt'altra cosa. Questo articolo alloga fra i beni suscettibili d'ipoteca, *la proprietà* dei beni immobiliari e *l'usufrutto* di questi stessi beni; non vi pone *l'enfiteusi*. Or come già dicemmo, la legge procede qui

(1) Ved. il rapporto del de Vatimesnil. p. 66.

(2) Ved. Merlin (Quest., v. Enfit., sez. 5, n. 8). Favard (v. Ip., n. 2), Persil (art. 2118, n. 15), Duranton (t. IV, n. 80; t. XIX, n. 268), Troplong (n. 405, e Locazione, n. 31 e seg.) Duvergier (Locaz., t. 1. n. 154), Battur (t. II, n. 216). Pepin le Halleur (Ist. dell'Enfit., p. 300 e segg.), Marcadè (t. II, p. 352). Ved. pure Parigi 10 maggio 1831, Douai, 15 dec. 1832, e Corte di cass., 19 luglio 1832, 1 aprile 1840, 24 luglio 1843, 18 maggio 1847, 6 marzo 1850, 17 nov. 1852, 26 apr. 1853 (Dev., 33, 2, 65 e 193, 47, 1, 625, 50, 210, 52, 1, 747, 53, 1, 445).

(3) Ved. nell'inchiesta amministrativa aperta nel 1840 le osservazioni delle Corti di Parigi, di Pau e di Rouen e delle facoltà di Caen e di Grenoble. Docum. pubbl. nel 1844, t. 1, 1. — Ved. pure sui progetti di riforma discussi nel 1849 i rapporti del Persil (p. 88), Bethmont (p. 35 e 33), de Vatimesnil (p. 65). La legge belga dispone in questo senso, non già solo la legge del 16 dicembre 1851, ma una legge molto anteriore, quella di gennaio 1824, il cui art. 6 dava all'enfiteuta la facoltà di ipotecare il suo dritto durante il corso del suo godimento. (Ved. Martou n. 737).

per via di disposizione limitativa ed esclusiva: « Sono *soltanto* suscettibili d'ipoteca » essa dice; esclude dunque virtualmente l'enfiteusi, sol perchè non ne parla. Ed il suo silenzio è tanto più significativo nel senso della esclusione, in quanto che i redattori del Codice trovavansi a fronte di due leggi molto esplicite sul ponto che ne occupa, le leggi del 6 messidoro, anno 3° e del dì 11 brumaio, anno 7°, di cui la prima allogava fra' beni suscettibili di essere ipotecati « l' usufrutto dei beni territoriali, risultante solamente dagli *affitti enfiteutici*, allorchè rimangono ancora 25 anni di godimento », e la seconda vi poneva « l' usufrutto al pari *dei godimenti a titolo di enfiteusi*, degli stessi beni pel tempo della loro durata. » In questo stato di cose il silenzio dell'art. 2118, il ripetiamo, è oltremodo significativo. Si è detto che l'articolo non parla dell' enfiteusi, perchè non si è parlato in nessun altro luogo del Codice di questa specie di affitto: lo ammettiamo; ma oltre che ciò non distrugge la nostra osservazione, troviamo sotto un altro punto di vista in questa osservazione la condanna dell' opinione dominante. Il silenzio della legge su di un dritto noto, come era l' enfiteusi al momento in cui è stato promulgato il Codice Napoleone, non è un indizio che, se l' enfiteusi esiste ancora in fatto, non è stata almeno riconosciuta come un dritto speciale e distinto, come un dritto di godimento di natura diversa da quella che appartiene al dritto risultante dagli affitti ordinari o a lunga durata? E se così è dell' enfiteusi come degli altri affitti, ciò vuol dire adunque che la dottrina e la giurisprudenza, nel considerare l' enfiteusi come suscettibile d' ipoteca, ànno aggiunto alle disposizioni della legge (1).

Ben inteso, non parliamo qui che del dritto stesso, del godimento a titolo di enfiteusi. In quanto alle costruzioni che il conduttore potesse avere innalzato, esse costituiscono immobili per loro natura, ai quali fa d' uopo applicare la regola fermata di sopra al n. 359 *in fine*.

Del resto l' affitto enfiteutico è soggetto alla trascrizione per la forza stessa delle cose, poichè è necessariamente di una durata oltre i 18 anni. Ma dopo le osservazioni che precedono, si vede che secondo il nostro modo di vedere non è soggetto alla formalità se non pel motivo che è un affitto la cui durata sorpassa quella al di là della quale la trascrizione diviene una necessità, ai termini della legge del 23 marzo 1855. La conseguenza, è che nel manco di trascrizione, l' affitto enfiteutico al pari di tutti gli altri affitti, vuoi a danaro, vuoi a colonìa parziaria, non sarebbe opponibile ai terzi che per 18 anni e nei termini di sopra spiegati, (*ved. supra*, n. 369). Si andrebbe tropp' oltre accettando i dati della giurisprudenza da noi or ora rammentati: or poichè con questa giurisprudenza si ammetterebbe che l' enfiteusi è qualche cosa più di un affitto, e che è, come à deciso la Corte di cassazione, un dritto immobiliare suscettibile di ipoteca, la conseguenza necessaria di tale opinione sarebbe quella che l' enfiteusi rientra nel n. 1° dell' art. 1° della legge del 23 marzo 1855, che dichiara soggetto a trascrizione « qualunque atto tra vivi traslativo di proprietà immobiliare, o *di dritti reali suscettibili d' ipoteca*; » di guisa che trovandosi la trascrizione così prescritta in modo assoluto, l' enfiteusi nel manco di trascrizione non sarebbe opponibile ai terzi, anche per una durata di 18 anni (2).

390. In quanto agli altri affitti che più o meno si avvicinano all' enfiteusi, e di cui molti sono ancora in uso in talune contrade della Francia, essi implicano, nello stato della legislazione creata dalle leggi del dì 11 agosto 1789 e 18 29 dicembre 1790, o una trasmissione completa della proprietà, o un affitto. Non insistiamo su questi diversi affitti, di cui il Marcadè ha già precisato la natura, (ved. t. II, n. 359). Avvene nonpertanto taluni che, essendo più in uso e presentandosi in condizioni particolari, debbono essere qui menzionati.

391. In prima linea collochiamo il contratto di superficie: è una cessione della piena proprietà di un edifizio, di una costruzione fatta dal proprietario del suolo, che si riserba il suolo stesso per riprenderne il godimento quando sarà sparita la costruzione. A dir vero è una vendita piuttosto che un affitto la trasmissione di una cosa che è immobile per sua natura e che appunto perciò è suscettibile d' ipoteca nei termini del nostro articolo.

(1) Questa opinione respinta dalla giurisprudenza e dagli autori ha non pertanto molti difensori. È uopo leggere in ispecie le dotte osservazioni del Foelix e di Henrion (Rend. fond. p. 28), Aubry e Rau su Zachariae (t. I, p. 414 e 415), Valette (n. 128, prima quist. 4) Demolombe (t. IX, n. 491). — *Junge* Delvincourt (t. III, p. 185), Proudhon (Usuf. n. 97) Toullier (n. 101), Grenier (t. I, n. 143), Championnière e Rigaud (Cont. art. 2298). — Ved. pure il nostro supplemento al Trattato dei dritti di registro di Championnière e Rigaud (n. 841).

(2) *Sic.* Troplong (Transcr., n. 83), Rivière e Huguet (n. 112).

392. È lo stesso in una certa misura dell'affitto *a dominio congedabile*. Il locatore in una tale convenzione è stato in ogni tempo considerato come proprietario del fondo e come avendolo semplicemente dato in fitto per un tempo limitato, la cui durata è determinata dagli usi delle località. Ma il conduttore, mentre che è locatario del suolo, diviene proprietario per un tempo determinato della superficie e degli edifizii esistenti sul suolo, come anche delle costruzioni e delle migliorie che può fare; soltanto in quanto a queste costruzioni novelle, il locatore conserva sempre il dritto di riunirle al suo dominio, rimborsandone il valore a giudizio dei periti (1). Evvi dunque in ciò, cioè riguardo alle costruzioni, una trasmissione di proprietà, trasmissione risolubile senza dubbio, ma che non colloca meno nelle mani del conduttore cose appartenenti alla categoria degl'immobili per loro natura, o sulle quali per conseguenza possono gravarsi delle ipoteche, (*supra*, n. 359).

393. Le servitù o servigi fondiarii sono anche qualificati dalla legge immobili per l'oggetto al quale si applicano, (*ved. supra* n. 377). Nonpertanto le servitù non ànno in sè stesse un valore che lor sia proprio; epperò non sono state classificate dal nostro articolo nel novero dei beni suscettibili d'ipoteca. Nulladimeno siccome esse aggiungono al valore del fondo dominante, dal quale sono inseparabili, gli è aperto che trovansi colpite da tutte le ipoteche di cui questo fondo dominante potrebbe essere gravato.

394. Da ultimo per completare la prima serie dei dritti, immobili per l'oggetto al quale si applicano, dobbiam parlare dell'ipoteca. È anche essa un dritto reale ed un dritto immobiliare, come abbiamo stabilito più sopra ai n. 327 e 328. Ciò vuol forse dire che l'ipoteca sia essa stessa suscettibile di essere ipotecata? Per dritto romano l'affermativa era ammessa, nel senso che la cosa stessa gravata d'ipoteca poteva essere ipotecata dal creditore ipotecario. Così era intesa la massima *Pignus pignori dari potest*. Il Perezio dice infatti: « Propter contrahentium utilitatem jamdudum placuit, inquit Gordianus Imperator, etiam *id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse* (2). » Nel nostro antico dritto consuetudinario era permesso del pari di dare ipoteca se non sull'immobile, almeno sull'ipoteca stessa. Era il sott'ordine definito dal Pothier « il rango nel quale più creditori di un creditore opponente all'espropria debbono essere pagati sulla somma per la quale questo creditore, loro comun debitore, è stato utilmente collocato nel giudizio di ordine; » il che aveva luogo, soggiunge il Pothier « quand'anco il credito ipotecario pel quale il creditore, comun debitore degli opponenti in sott'ordine, fosse stato utilmente collocato nella graduazione, fosse un credito mobiliare che, secondo la nostra consuetudine, non è tale da distribuirsi per ordine d'ipoteca; or con la opposizione ch'essi formano in sott'ordine non arrestano questo credito mobiliare, *ma il dritto d'ipoteca* che aveva il loro debitore nei beni realmente sequestrati; *quale dritto d'ipoteca essendo un dritto nel fondo è un dritto immobiliare, il cui prezzo deve per conseguenza distribuirsi tra loro per ordine d'ipoteca* (3) ».

Oggidì non è più così. Il Codice di procedura non ammette questo sott'ordine comportante un dritto di preferenza tra' creditori che sono nell'ordine per prendere il montare della collocazione del loro debitore, ed al contrario l'art. 778 dispone espressamente che « ogni creditore potrà prendere iscrizione per conservare i dritti del suo debitore; ma che il montare della collocazione del debitore sarà distribuito, come cosa mobiliare, tra tutti i creditori iscritti o opponenti pria della chiusura dell'ordine. » La nostra legge ipotecaria ha quindi lasciato da banda la massima *Pignus pignori dari potest*, o meglio ha respinto questa massima di cui ha preso il rovescio, o l'ipoteca tutto che sia un dritto reale appartenente alla classe dei beni immobiliari, non è nonpertanto più suscettibile di essere ipotecata (4).

Nulladimeno il bisogno stesso degli affari o quella utilità dei contraenti che giusta il Perezio aveva suggerito un tal mezzo (*propter contrahentium utilitatem*) si sono riprodotti nella pratica moderna, e siccome i nostri pratici più non hanno avuto la risorsa del sott'ordine, quale era stata organizzata dagli antichi, vi han supplito con la cessione d'ipoteca o la surrogazione, di cui abbiamo più sopra parlato al n. 334.

(1) V. il nuovo Denisart, (V. Affitto a dom. cong., § 2, n. 1.)—Ved pure Championnière e Rigaud (n. 3065 e seg.), e le osservazioni della Corte di Parigi ad occasione del progetto di riforma preparato nel 1810 (Docum. del 1844.t.III, p. 250). *Junge*: Cass., 18 nov. 1846, 5 nov. 1848, 1 e 8 lug. 1851 (Dev., 48,1, 197, 51, 1, 481 e 682).

(1) Perezius (Espl. Cod., lib. 8, t. 24, n. 1). — Ved. pure Valette (p. 206 e segg.), Martou (n. 742).

(2) Ved. Pothier (Intr. alla Cons. d'Orleans. t. 21, n. 141 e 142).

(1) Ved. Persil (art. 2118, n. 16). Taulier (t. VII, p. 231), Zachariae (t. II, p. 99), Duranton (n. 272), Troplong (n. 407), Valette (loc. cit.), Martou (n. 742).

395. La seconda specie di dritti immobilizzati dall'art. 526 abbraccia non solo, come dice questo articolo, *le azioni che tendono a revindicare un immobile*, ma tutti i dritti che, senza gravare attualmente l' immobile, tendono ad esso e debbono procurare la proprietà dell'immobile o uno smembramento di tale proprietà, (*supra*, n. 377). In tal novero si comprendono in pria tutte le pretese soggette a contesa, quali le azioni in revindica, in nullità, in rescissione, ecc., e poscia tutti i dritti non litigiosi, ma condizionali, quali le azioni in ricompra, ecc. Questi dritti ed azioni appartengono senz'alcun dubbio alla categoria dei beni immobiliari, allorchè tendono vuoi alla proprietà, vuoi all' usufrutto di un immobile. Segue forse da ciò, che il dritto in sè stesso sia suscettibile di essere ipotecato? No certamente, così decide la giurisprudenza (1); tale è anche l'avviso degli autori,(2)e su questo punto almeno avevamo pensato non esservi dissenso possibile. La quistione, il confessiamo, eraci sembrata potersi risolvere altrimenti che per la negativa. Nonpertanto taluni autori si sono pronunziati in senso contrario; secondo essi, la verità della loro soluzione risulterebbe in pria dalla generalità degli art. 2092 e 2093, che fanno di tutti i beni di un debitore il comun pegno dei suoi creditori, sotto la riserva delle cause di preferenza, quali i privilegi e le ipoteche; essa risulterebbe poscia dal nostro stesso art. 2118, che dichiarando i *beni immobiliari* suscettibili d'ipoteca non ammette altre eccezioni che quelle imposte dalla natura delle cose o dallo scopo dell'ipoteca, e che quindi non esclude a niun titolo le azioni o i dritti di che trattasi, i quali essendo immobilizzati dall'art. 526 sono necessariamente compresi nelle espressioni generali di *beni immobiliari* (3).

Ma fa d' uopo mettere da banda in pria gli art. 2092 e 2093, chè questi articoli non concernono mica la quistione. Essi dicono senza dubbio che tutti i beni del debitore sono il comun pegno dei suoi creditori; ma in che cosa questa idea può menare a decidere che i dritti litigiosi o i dritti condizionali sono suscettibili di essere ipotecati? Evidentemente nulla rannoda un'idea all'altra—In quanto al nostro art. 2118, se si mette in confronto col titolo della distinzione dei beni ed in particolare col capitolo in cui si tratta degl'*immobili*, offre esso stesso un argomento decisivo contro l'opinione dissidente. Infatti il nostro articolo tiene conto delle tre categorie d' immobili stabilite dal Codice; gl'immobili per loro natura, ai quali si riferiscono gli art. 518 e segg.; gli immobili per la loro destinazione, ai quali si riferisce l'art. 524, e i beni immobili per l'oggetto al quale si applicano, i quali sono enumerati nell'art. 526. Ma tenendo conto di queste tre categorie d' immobili, il nostro articolo non le confonde; al contrario le separa e visibilissimamente, poichè ne parla in due distinti paragrafi. Or il primo di questi paragrafi, nel quale si trovano queste espressioni *beni immobiliari*, da cui argomentasi nella opinione che combattiamo, non riguarda in modo alcuno i dritti immobilizzati dall'art. 526; ciò è evidente, poichè trattasi appunto di questi dritti nel 2°. paragrafo. E che cosa si legge in questo secondo paragrafo? Vi si ritrova forse per intero la enumerazione fatta dall' art. 526, vale a dire l'usufrutto delle cose immobiliari, le servitù o servigi fondiarii, le azioni che tendono a revindicare un immobile? No certamente; l'usufrutto delle cose immobiliari vi è sol menzionato come suscettibile d' ipoteca. Che vuol dir ciò? Che le azioni di cui qui parliamo sono escluse allo stesso titolo delle servitù o dei servizi fondiarii, per via di preterizione, virtualmente e per la natura stessa della disposizione, la quale statuendo in forma limitativa, esclude tutto ciò che non nomina. Epperò è evidente dai testi, dal testo stesso di cui si prevale il sistema opposto, che le azioni e i dritti condizionali non sono suscettibili d' ipoteca. E fissandoci ora sulla verità delle cose, si vede come non è possibile che sia altrimenti. Quand'anco un'azione sia immobiliare ed anche alienabile, « non potrebbe essere, come dice a ragione la Facoltà di Caen nel-

(1) Giudicato in fatti che la vendita o cessione di dritti successorii non può essere l'oggetto di una sovraimposta per parte dei creditori ipotecarii del venditore, non costituendo tali dritti tra le mani dell'erede che un'azione in divisione non suscettibile d'ipoteca (Grenoble 24 gennaio 1831) o che un dritto di ricompra non è suscettibile di espropiazione forzata per parte dei creditori del venditore (Orleans, 27 gennaio 1842). — *Junge:* Cass. 14 maggio 1806.

(2) Ved. Tarrible (Rep. del Merlin. v. Ip., sez. 2. § 3, art. 3, n. 5). Grenier (t. 1, n. 152, 153,) Delvincourt (t. III, p. 407). Persil (Quist., t. II, p. 279). Berriat Saint Prix (Cod. della proc., t. II, p. 633), Troplong (n. 406). Duvergier (Della Ved. t. II, n. 18 Carrè e Chauveau (Leggi della proced. quist. 2198 § 3). Zachariae (t. II, p. 99), Valette (loc. cit., p. 204 Martou (n. 741).— Si possono vedere altresì e nello stesso senso le osservazioni presentate su questo punto dalla Corte di Angers e dalle facoltà di Caen e di Rennes (Docum. del 1844, t. III. p. 240, 254, 257).

(3) È l'opinione emessa dal Pigeau (Proc. civile. p. 207). Essa è stata poscia sostenuta dal Duranton nei tomi XVI. n. 409 e XXI, n. 7, in cui abbandona la contraria opinione, in favor della quale erasi pronunziato al tomo IV, n. 17.

l'inchiesta del 1841, una base solida per l'ipoteca; questa conduce all'espropria, e come trovare aggiudicatarii che offrano il giusto prezzo di un dritto litigioso? L'azione è cedibile; può estinguersi mercè una transazione, e come mai il cessionario, il detentore che transigesse, purgherebbero le ipoteche? Come i creditori eserciteranno il loro dritto di sovraimposta? » Evidentemente son queste delle impossibilità e delle complicazioni la cui esistenza, indipendentemente dai testi, accorda tutta la ragione al sistema che à prevaluto in dottrina ed in giurisprudenza.

396. Ma se i dritti litigiosi o condizionali non sono in sè stessi suscettibili d'ipoteca, ne segue forse che l'immobile alla proprietà del quale tendono, non possa neppure essere ipotecato? P. es. Pietro è indebitamente detentore del podere di Giuseppe, di cui io son l'erede ed ho un'azione in revindica di tal podere; ovvero io aveva la tale casa da me alienata, ma posso ridivenirne proprietario, avendo un'azione che mi permetterà di ottenere la nullità, o la rescissione dell'alienazione che aveva consentita; o da ultimo io aveva il tal pezzo di terra che ò venduto, ma mi son riserbata la facoltà di ricompra; forse che in tal situazione, il podere, la casa, il pezzo di terra, se non il dritto o l'azione che ho per riprenderne la proprietà, non sono suscettibili d'ipoteca? Così fermata in modo generale la quistione non è mica una quistione; chè qui trattasi di immobili per loro natura, vale a dire d'immobili che, purchè siano nel commercio (*supra*, n. 345) possono sempre ipotecarsi. Ma la quistione è quella di sapere se la ipoteca può essere conferita, vuoi dal detentore attuale del podere, della casa, del pezzo di terreno, vuoi da me che non ho ancora questi immobili, o che più non li ho, ma che posso esserne posto in possesso, vuoi dall'uno, vuoi dall'altro. In questi termini, la quistione si rannoda agli art. 2124 e 2125, rimandiamo al comentario di questi articoli e passiamo agli immobili della quarta categoria.

VI. — 397. La quarta categoria d'immobili, quella che comprende i beni qualificati immobili *per determinazione della legge*, non procede dal Codice Napoleone, il quale non ha stabilito se non le tre categorie di cui ci siamo occupati (art. 517); si può dire anzi che fa eccezione ai principii del Codice, in quanto che abbraccia esclusivamente valori che il Codice alloga per lo contrario nella classe di *mobili* per determinazione della legge; ma essa procede da decreti speciali resi dopo la promulgazione del Codice o che non essendo stati impugnati nei dieci giorni dalla loro inscrizione nel bollettino, ànno ormai acquistato forza di legge (1). Vediamo dunque in che cosa consiste l'eccezione.

398. Ricordiamo in pria la regola; essa consiste in ciò che ogni specie di dritto avendo per oggetto una somma di danaro o dei beni corporali mobili per loro natura è esso stesso mobile per determinazione della legge. L'art. 529 Cod. Nap. si spiega nei termini seguenti: « Sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni ed azioni che ànno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari; le azioni o gl'interessi nelle compagnie di finanza, di commercio o d'industria, ancorchè immobili dipendenti da questa intrapresa appartengano alle compagnie. Queste azioni o interessi sono reputati mobiliari ripetto a ciascun socio soltanto, finchè dura la società. — Sono anche mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie, vuoi sullo Stato, vuoi sui particolari.»

399. Sul primo dei valori che la legge qui dichiara mobili, non abbiamo eccezioni a notare; le obbligazioni o azioni avendo per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, restano sempre nella classe dei mobili per determinazione della legge; non v'è testo che abbia in questo punto derogato alla disposizione dell'art. 529, Cod. Nap. E quindi le azioni o obbligazioni della specie, vale a dire i crediti non sono suscettibili d'ipoteca.

400. In quanto alle rendite che al pari dei crediti sono dichiarate mobili in modo assoluto, quale che ne sia la natura, e vuoi che sieno su particolari, vuoi che sieno sullo Stato, un'eccezione tutta particolare risulta dal decreto del 1° marzo 1808, giusta il quale *le rendite sullo Stato* possonsi immobilizzare per la formazione di un maggiorato. Ma evvi qui un punto essenziale a notare.

Ogni instituzione di maggiorati è ormai interdetta dalle leggi del 12 maggio 1835 e 11 maggio 1849: non pertanto queste leggi àn lasciato sussistere, in una certa misura e con talune restrizioni, maggiorati fondati pria della loro promulgazione; di tal che non ostante il divieto per l'avvenire, evvi non pertanto un caso in cui possono esservi rendite sullo Stato che, essendo state immobilizzate per tale oggetto, sono ancora oggidì immobili, per eccezione all'art. 529, Cod. Nap., che dichiara simili rendite mobili per determinazione della legge. Ciò vuol forse dire

(1) V. Duranton (t. IV, n. 102). Demolombe (t. IX, n. 382).

che anche in tal caso queste rendite sieno suscettibili d'ipoteca? No (1); chè i beni componenti un maggiorato non potendosi alienare, non possono appunto perciò ipotecarsi (2).

401. Da ultimo l'art. 529 menziona le azioni o gl'interessi nelle compagnie e li dichiara mobili per determinazione della legge, anche quando immobili dipendenti da questo intraprese appartengano alle compagnie. In tesi generale adunque, simili azioni ed interessi non sono suscettibili d'ipoteca. Per errore al certo un arresto già molto antico ha creduto poter considerare come immobili, soprattutto allorchè trattasi del dritto dei creditori, le azioni di una società comproprietaria d'immobili di grande importanza (3). Ben ammettiamo che sia così e che la parte indivisa di un socio possa essere ipotecata, quando la società è sciolta per l'estinzione dell' affare, senza che si possa opporre allora l'indivisione nè pretendere che la parte indivisa costituisca un' azione sociale essenzialmente mobiliare (4). Noi ammettiamo anche che l'affezione ipotecaria può essere consentita, finchè non è costituita la società, pria che sissi emessa alcun'azione e quando la società non è ancora, per dir così che allo stato di pollicitazione (5). Ma quando è fondata, quando esiste e funziona, le azioni o parti d'interessi sono puramente mobiliari, per quanto importanti possano essere gl'immobili appartenenti alla compagnia, e quand' anco l'oggetto della società fosse l'esplotazione di questi immobili, perchè la società è la comproprietaria, niuno dei membri della società non ha divisamento la proprietà degl'immobili e la parte d'interesse di ciascuno o le sue azioni tendono principalmente ad un prodotto mobiliare, donde desomono quel carattere d'immobili che li rende insuscettibili d'ipoteca (6).

Tal' è la regola; ma qui si collocano le eccezioni fatte dai decreti speciali e che completano la serie dei beni che si sono qualificati immobili per determinazione della legge. Queste eccezioni sono due.

La prima è relativa alle azioni della Banca di Francia e risulta dal decreto del 16 gennaio 1808, il cui art. 7 è così concepito: « Gli azionisti che vorranno dare alle loro azioni la qualità d'immobili ne avranno la facoltà; ed in tal caso ne faranno la dichiarazione nella forma prescritta pei trasferimenti. Una volta iscritta sul registro questa dichiarazione, le azioni immobilizzate resteranno soggette al Codice civile ed alle leggi di privilegio ed ipoteca, come proprietà fondiarie: esse non potranno alienarsi, e i privilegi e le ipoteche purgarsi che conformandosi al Codice civile ed alle leggi relative ai privilegi ed alle ipoteche sulle proprietà fondiarie. »

La seconda eccezione è relativa alle azioni o cuponi di azioni nei canali di Orleans e del Loing, e risulta dal decreto del 16 marzo 1810, il cui art. 13 dispone: « che le azioni della compagnia dei canali di Orleans e del Loing, per la loro immobilizzazione, la loro inalienabilità, la loro disposizione e godimento sono in tutto assimilate alle azioni della Banca di Francia. »

Epperò, giusta la formale disposizione di questi testi, è uopo aggiungere alla enumerazione contenuta nel nostro art. 2118 le azioni immobilizzate della compagnia dei canali di Orleans e del Loing, le quali sono suscettibili d' ipoteca finchè dura la immobilizzazione.

402. Appunto perciò, e poichè queste azioni sono soggette alle regole che governano la proprietà fondiaria, esse sono sottoposte, finchè sono immobilizzate, alle disposizioni della recente legge sulla trascrizione. L'alienazione che ne fosse fatta, non sarà dunque opponibile ai terzi che finchè l' atto di trasferimento sarà trascritto sui registri del conservatore delle ipoteche (7).

403. Ma tutti questi effetti cessano quando, venendo a cessare la immobilizzazione stessa, queste azioni riprendono la loro primitiva qualità di effetti mobiliari. Soltanto come può cessare la immobilizzazione? Nel silenzio dei decreti precitati, erasi sostenuto che l' alienazione bastasse a produrre tale effetto e che, essendo trasmessa l'azione, l'immobilizzazione non poteva sussistere che sino a quando il nuovo proprietario non adempisse egli stesso le condizioni richieste dai decreti. Nonpertanto la pretesa è stata giustamente respinta (8). L'immobilizzazione sopravvive all'alienazione e non può cessare che mercè la manifestazione della volontà delle parti al momento della vendita. — Per altro questa manifestazione non basta da sè sola, quanto alle azioni della Banca di Francia; una forma speciale è stata determinata dalla legge del 17

(1) Ved. nonpertanto Demolombe (t. IX, n. 581).
(2) V. Valette (p. 189, e a nota).
(3) Parigi, 17 feb. 1809.
(4) Ved. Rig., 8 feb. 1847 (Dev., 48, 1, 45).
(5) Douai, 27 nov. 1854 (Dev. 40, 2, 206).

(6) Req., 14 apr. 1824; Tolosa, 31 lug. 1820.
(7) Ved. Troplong (Della Trascr., n° 90), Rivière e Huguet (n° 155).
(8) Req., 12 maggio 1835 (Dev., 35, 1, 517)--Sic Demolombe (t. XIX, n° 357).

maggio 1834, il cui art. 5 è così concepito, « I proprietarii di azioni immobilizzate della Banca di Francia che vorranno rendere a queste azioni la loro primitiva qualità di effetti mobili saran tenuti di farne la dichiarazione alla Banca. Siffatta dichiarazione che dovrà contenere lo stabilimento della proprietà delle azioni in persona del reclamante, sarà trascritta all'uffizio delle ipoteche di Parigi e soggetta, se v'è luogo, alle formalità di purga legale, alle quali sono soggetti i contratti di vendite immobiliari. — Il trasferimento di queste azioni non potrà operarsi che dopo aver giustificato alla Banca l'adempimento delle formalità volute dalla legge per purgare le ipoteche di ogni specie e di un certificato di non iscrizione.

2133 [2019]. La ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell'immobile ipotecato (a).

SOMMARIO.

1. Perchè allogliamo fra le disposizioni generali del presente capitolo questo articolo che i redattori del Codice an collocato nella sezione relativa all'ipoteca convenzionale.
2. La regola di estensione consacrata da questo articolo si applica alle migliorie naturali e accidentali; alluvioni, riunioni di terra, apertura di vie o di strade, estinzione di servitù, ec. — *Quid* in quanto concerne la estinzione dell'usufrutto per via di consolidazione?
3. La regola si applica del pari alle migliorie che son fatte dall'uomo, vuoi che provengano dal proprietario dello immobile ipotecato, vuoi che provengano da un terzo detentore: piantagioni, costruzioni, ec.
4. Ma la regola non si applica ai nuovi acquisti. — Esempi ed applicazioni.

I. — **404.** Fra i beni immobili che l'articolo 2118 ha dichiarato suscettibili d'ipoteca, ve ne à di quelli che possono migliorarsi ed aumentarsi di valore per circostanze fortuite o pel fatto dell'uomo. Per es. un pezzo di terra può accrescersi mercè riunioni di terra che formansi sul bordo di un corso di acqua presso il quale è situato; una proprietà sita in una strada appartata e in un luogo di difficile accesso, può acquistare un valore considerevole in seguito della apertura di nuove vie di comunicazione; un edifizio in istato di totale degradazione può acquistare una grande importanza per effetto delle riparazioni che ne formano in certo modo una novella costruzione. Queste migliorie e tutt'altro che potesse sopraggiungere in altri casi più o meno analoghi, vantaggiano forse alle ipoteche già esistenti sull'immobile migliorato? Esse lor recano vantaggio; tale è appunto la decisione del nostro articolo.

In questo, come in molti altri punti del titolo dei *Privilegi e delle Ipoteche*, il Codice riproduce la legge del dì 11 brumaio, anno 7°, la quale per altro era essa stessa in questa parte la riproduzione dei principii consacrati dalle leggi romane; (*ved.* segnatamente l. 16 e 18, § 1, ff. *De pign. et hyp.*). Nonpertanto, sembra che alla legge del dì 11 brumaio, anno 7°, aiensi inspirati i redattori del Codice, e da questa legge senza alcun dubbio sono stati guidati a fermare la regola di estensione, di cui qui trattasi, nella sezione relativa *all'ipoteca convenzionale*, ad occasione della quale infatti e soltanto ad occasione di essa, questa regola era stata rammentata nella legge di brumaio.

Ma quel che a tal riguardo si spiega sino ad un certo punto in questa legge è molto meno spiegabile nel Codice Napoleone. E di fermo fa d'uopo notare che in un sol contesto i redattori della legge di brumaio, mentre fermavano la regola della specialità, aggiungevano che l'ipoteca stipulata volontariamente « *non può abbracciare che i beni appartenenti al debitore al tempo della stipulazione, ma che si estende a tutti i miglioramenti che vi sopravverranno* » di guisa che con questa combinazione di frasi e di idee, sembra ch'essi abbiano avuto particolarmente in mira d'indicare che, se in massima il debitore non può conferire ipoteca che sugl'immobili a lui appartenenti al momento della stipula, non pertanto fa d'uopo non esagerare il principio ed intendere che il debitore, la cui proprietà si fosse ulteriormente migliorata, potrà disputare il benefizio delle migliorie ai creditori ipotecarii sotto pretesto, *che esse non gli appartenevano* al momento della stipula dell'ipoteca.

Checchè ne sia, il Codice Napoleone non procede come la legge di brumaio: esso separa quel che questa legge aveva riunito; ferma in pria la stessa regola, che bisogna essere attualmente proprietario d'immobili per conferire ipoteca; è uno dei punti consacrati dall'art. 2129. E dopo aver fatto due eccezioni a questa regola con articoli intermedii, ritornando alla legge di brumaio dice nel nostro art. 2133, con una disposizione speciale, distinta e staccata da quelle che precedono che « l'ipoteca acquistata si estende a tutte le migliorie sopraggiunte all'immobile ipotecato. » Evidentemente in questo stato di cose ed in tale economia della legge, è impossibile di dare al nostro articolo il significato tutto relativo e tutto ristretto che poteva avere nella legge di brumaio, anno 7°, il membro della frase di cui questo articolo

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

è la riproduzione. È uopo dire necessariamente che staccando l'idea per formarne l'obbietto di una disposizione distinta, i redattori del Codice ànno inteso consacrar nettamente e mettere in luce la regola di estensione, la cui origine è nelle leggi romane, quella regola la quale prendendo gli accrescimenti della cosa come partecipanti con la cosa della stessa esistenza, li allogava appunto perciò e allo stesso titolo, sotto l'onere ipotecario gravante la cosa con la quale si erano identificati. Or questa regola di estensione non è propria alla tale o tal'altra causa d'ipoteca; essa è generale e le abbraccia tutte; si applica alle ipoteche giudiziarie e legali non meno che all'ipoteca convenzionale (1); senza motivo adunque venne rilegata nella sezione relativa a quest'ultima ipoteca; essa si rannoda all'art. 2118, giusta il quale l'ipoteca stabilita sui beni immobiliari *si estende ai loro accessorii reputati immobili*; chè essa procede dallo stesso pensiero (2). Ecco perchè, restituendo al nostro articolo il posto che dovrebbe occupare nel Codice, lo stacchiamo dalla sezione terza, ove figura a torto, per riportarlo nelle disposizioni generali del capitolo delle ipoteche, immediatamente dopo l'art. 2118, di cui è il seguito ed il complemento.

Ciò detto dobbiam seguire le applicazioni della regola.

II. — 405. La regola si applica in pria a tutti i miglioramenti naturali o accidentali che vengono ad aumentare il valor venale dell'immobile ipotecato, vuoi che aggiungano alla consistenza di questo immobile, vuoi che lo mettano in migliori condizioni, vuoi che lo sgravino di oneri che più o meno lo deprezzavano. Tale è questa prima applicazione nella sua formola generale; ma su molti punti à suscitato talune difficoltà. Riprendiamo l'applicazione nei suoi particolari.

406. Diciamo in pria che la regola di estensione si applica alle migliorie procedenti dai accrescimenti sopraggiunti alla proprietà. E qui abbiamo particolarmente in mira i casi di accessione preveduti e regolati dagli art. 556 a 563 Cod. Nap. A questo caso di accessione principalmente si rannodano altresì le osservazioni presentate nella discussione, di cui il nostro articolo è stato l'obbietto, quelle almeno che ci sono state trasmesse dai pro cessi verbali pubblicati. È utile di riprodurle, perchè portano in sè stesse la risposta alle inesatte induzioni che si è talvolta e su taluni punti tentato desumerne. Ecco dunque ciò che si sa della discussione in questo punto:

« Galli domanda una spiegazione. Se, ei dice, il fondo gravato d'ipoteca si trova considerevolmente ingrandito vuoi per alluvione, vuoi perchè il fiume che lo bagna à mutato di letto, l'ipoteca si estende forse all'accrescimento? Questa quistione è sorta talvolta nel Piemonte ed altrove. — Il Treilhard dice che gli accrescimenti prodotti per effetto dell'alluvione sono insensibili, e divengono così porzioni dello stesso fondo; non v'è dunque dubbio possibile che sopportino l'ipoteca. Ma non sarebbe lo stesso se l'aumento prodotto da un avvenimento straordinario aggiungesse ad un tempo al patrimonio una estensione molto considerevole di terreno, perchè la si dovesse considerare come un fondo nuovo e distinto. — Tronchet dice che *varie disposizioni del Cadice civile determinano ciò che fa d'uopo considerare come accessorii della casa principale; che questi accessarii identificandosi con la casa, divengano così passibili di tutti gli oneri da cui è gravato.* — L'articolo è adottato (3). »

Quindi la ragione di decidere non è nella distinzione indicata dal Treilhard, o almeno non è nella osservazione del Treilhard che sui punti in cui essa concorderebbe coi principii sul dritto di accessione, quali sono consacrati dalle disposizioni del Codice Napoleone. Anzi tutto, mercè queste disposizioni fa d'uopo risolvere le quistioni che sorgono dal nostro articolo. Tal'è la osservazione del Tronchet, e su questa osservazione appunto il nostro articolo è stato adottato. Vediamo ora, coi lumi di questo dato, la misura nella quale la nostra regola di estensione debb'essere applicata alle migliorie procedenti da accrescimenti sopraggiunti all'immobile ipotecato.

In pria e senza difficoltà essa si applica agli accrescimenti che fannosi per alluvione, a quell'accrescimento che secondo la espressione del Lebrun si fa al modo stesso dello sviluppo e del progresso di una pianta, di guisa che non si può distinguere il momento in cui si fa, nè separarlo dal fondo al quale si fa (4). Epperò l'ipoteca gravante l'immobile profitterà dell'aumento prodotto da que-

(1) Ved. Duranton (t. XIX, n° 389), Martou (n° 723).

(2) I redattori della legge belga del 16 dic. 1851 ànno anche fuso le due disposizioni in una sola, che fa parte dell'articolo corrispondente al nostro artic. 2118; è il quarto § dell'art. 44 di questa legge, ove è detto: « L'ipoteca acquistata si estende agli accessorii reputati immobili *ed alle migliorie sopraggiunte allo immobile ipotecato.* » Ved. Delebecque, *Comm. legisl.* p. 190.

(3) Ved. Locrè (Legisl. civ., t. XVI, p. 255), Fenet (Tav. prep., t. XV, p. 361, 362).

(4) V. Lebrun (Della Comun., l. 1, c. 2, dist. 3, n° 5)

sta specie di riunione di terra o di accrescimento, per quanto possa divenir considerevole con l'andar del tempo; e neppur si farà distinzione tra il caso in cui la proprietà è alle sponde di un fiume o di una riviera navigabile o atta a trasporto, e quello in cui è limitrofa ad una riviera non navigabile, nè atta a trasporto, chè l'art. 556 attribuisce il profitto dell'alluvione al proprietario ripuario nei due casi indistintamente, salvo nel secondo il peso del marciapiede in conformità dei regolamenti.

Parimenti ed anche senza difficoltà, la regola si applicherà alle secche formate dalla acqua corrente che si ritira insensibilmente da una delle sue rive portandosi sull' altra. Il proprietario della riva scoverta, dice l' art. 557, profitta dell'alluvione, senza che il ripuario della sponda opposta possa venirvi a reclamare il terreno che ha perduto. L'accrescimento adunque vantaggerà ai creditori ipotecarii iscritti sulla proprietà della riva scoverta.

Ma supponiamo che un fiume o una riviera, navigabile o pur no, abbia svelta per subitanea forza una porzione considerevole e riconoscibile di un campo ripuario e l'abbia portata verso un campo inferiore o sulla riva opposta, l' accrescimento sopraggiunto in tal caso al campo al quale si è unita la parte tolta, profitterà forse del pari ai creditori aventi ipoteca sul campo così accresciuto? Questo è il caso di accessione preveduto dall'art. 559, e la quistione offre maggior difficoltà;fa d'uopo ammettere in pria che l'accessione è locale, vale a dire che il proprietario del campo al quale si è incorporata la parte tolta, ne abbia preso possesso; senza che il proprietario al quale è stata tolta abbia reclamato nei termini indicati da questo articolo. Ciò posto, potrebbesi dire che l' accessione si è qui operata, non già mercè un volgere di tempo, nè in virtù della proprietà, che incorpora ed assimila a sè le porzioni agginnte dall' alluvione, ma per un effetto subitaneo e spontaneo, che aggiunge d'un subito ed in una sola volta una porzione distinta di un fondo ad un altro fondo; si può dire esser questo un acquisto novello e che non essendo della sostanza stessa del fondo che se ne aumenta, l'ipoteca da cui questo fondo era gravato non deve profittarne(1) Nonpertanto noi crediamo che questa opinione non debbasi consacrare. È appunto, come si è veduto più sopra, la riserva che proponeva il Treilhard nella interpetrazione che faceva del nostro articolo; ma come si è veduto pure, essa è messa da banda dall'idea che l'interpetrazione debb'essere regolata coi principii del Codice Napoleone sull' accessione. Or il caso proposto è uno dei casi di accessione previsti dal Codice Napoleone; il dritto che attribuisce in tal caso al proprietario del fondo al quale la parte tolta si è unita, procede incontestabilmente dall'idea che, anche in tal caso, evvi definitiva incorporazione col possesso annale; la legge suppone necessariamente che, allorquando ha avuto luogo questa incorporazione e trovasi consummata col silenzio del proprietario spossessato e con la presa di possesso del proprietario investito, evvi una riunione, di cui non rimane alcuna traccia, e che ormai non permette di distinguere la porzione riunita dalla primitiva proprietà, nè di operarne la separazione: su tale fondamento al certo il proprietario spossessato è dichiarato decaduto dal dritto di reclamare la sua proprietà; ed anche perciò a parer nostro l'ipoteca dei creditori del proprietario investito dovrà estendersi alla porzione di cui si è accresciuta in tal caso la proprietà del loro debitore (2).

Diciamo altrettanto delle isole, isolette, riunioni di terra, che si formano nel letto dei fiumi o delle riviere, salvo nonpertanto in quanto al dritto di proprietà le distinzioni stabilite dalla legge. Si sa infatti, che le isole, isolette e riunioni che formansi nel letto delle riviere navigabili o atte a trasporto appartengono allo Stato, *se non v'è titolo* o *prescrizione contraria*, mentre che quelle che formansi nelle riviere non navigabili o non atte a trasporto appartengono ai proprietarii ripuarii dal lato in cui si son formate, e se non si sono formate da un sol lato, ai proprietarii ripuarii di entrambi, a contare dalla linea che si suppone tracciata in mezzo ada riviera, Cod. Nap. art. 560 e 561. Evidentemente non già perchè i proprietarii ripuarii hanno la proprietà dei fondi che costeggiano il fiume o la riviera, ed in considerazione di questi fondi di cui sono proprietarii, essi possono acquistare nella misura indicata dalla legge le isole ed isolette formate nella riviera; questo adunque è ancor l'accessorio delle proprietà ripuarie, a parlar propriamente non è un fondo nuovo e distinto; quindi le ipoteche gravanti le proprietà ripuarie che sono il principale,

(1) *Ve* Merlin (Rip. scrit., t. III. p. 478).—Ved. Batter (Della Commun., t. 1, n° 220), e Dalloz (Rep. t. X, p. 189, n° 48).

(2) Ved. Grenier (t. 1, n° 148), Duranton (t. XIX, n° 257).

si estenderanno alle isole o isolette che non ne sono che l' accessorio (1).

Parimenti infine nel caso proposto dall'articolo 563, se un fiume o una riviera navigabile, atta o pur no a trasporto, si forma un novello corso, abbandonando il suo antico letto, l'ipoteca ch'era stata stabilita sui fondi novellamente occupati si porterà sulla porzione del letto abbandonato che questo articolo attribuisce a titolo d'indennità ai proprietarii la cui proprietà è ora invasa. Qui a dir vero si può dire che non trattasi precisamente di accessione: ma in diffinitiva il terreno abbandonato è posto nelle mani del proprietario a titolo d'indennità; e ciò esprime la legge stessa. Or i creditori ipotecarii sono colpiti in ciò che è loro pegno, mercè l'invasione che priva il loro debiture del suo fondo. E non è forse giusto in tal caso che questa indennità la quale fa rivivere la cosa in un'altra della stessa natura (chè potrebbe essere altrimenti se l'indennità consistesse in una somma pecuniaria, *ved infra*, art. 2131 e 2180), vantaggi i creditori ipotecarii, come reca profitto al loro debitore? (2).

407. Diciamo in secondo luogo che la nostra regola di estensione si applica ai vantaggi risultanti dalla estinzione di oneri, la cui esistenza depreziava più o meno la proprietà ipotecata.

P. es. l'immobile sul quale si è conferita una ipoteca, era gravato da una servitù che viene ad estinguersi mercè prescrizione; esso valeva 25,mila fr. prima della estinzione della servitù; or che l'onere è estinto, l'immobile sarebbe agevolmente venduto per 35,mila fr.; il creditore ipotecario trae profitto da questo aumento di valore; ciò non offre la menoma difficoltà.

Ma supponiamo che si tratti di un altro smembramento del dritto di proprietà, specialmente dell' usufrutto. L'avvenimento che ricostituisce la proprietà nella sua pienezza, riunendo sullo stesso capo l' usufrutto e la nuda proprietà, ricadrà anche a pro del creditore ipotecario? A tal riguardo si è generalmente fatto distinzione.

P. es. Paulo aveva un immobile di cui ha dato mercè testamento la proprietà a Giuseppe e l'usufrutto a Giacomo; essendo il legato raccolto da entrambi, Giuseppe mutua una somma di 12,mila fr., alla sicurezza della quale affetta ipotecariamente la nuda proprietà che gli era stata legata; in seguito Giacomo legatario dell' usufrutto muore, di tal che l'usufrutto estinto mercè questo avvenimento, art. 617, Cod. Nap. va a riunirsi alla nuda proprietà sul capo di Giacomo. In tale stato quest'ultimo è espropriato e la piena proprietà dell'immobile posto in vendita non produce che una somma di 12,mila fr.; in questo caso il creditore ipotecario di Giuseppe prenderà forse in pagamento del suo credito tutto ciò che resterà del prezzo, deduzion fatta delle spese ed altri crediti privilegiati? E i creditori chirografarii di Giuseppe non potranno forse pretendere che evvi una specie di ventilazione a fare, in quanto che il creditore ipotecario non avendo ricevuto ipoteca che sulla nuda proprietà, non potrebbe loro essere preferito almeno sulla porzione del prezzo rappresentante il valore dell'usufrutto? I creditori ipotecarii non vi avranno al certo dritto; tale è la opinione generale (3). E di fermo nella specie, l' usufrutto è andato ad unirsi alla nuda proprietà sul capo del nudo proprietario. Or la proprietà è il dritto principale, l'usufrutto non è che il dritto accessorio. Adunque l'ipoteca stabilita sulla proprietà si è estesa all'accessorio; ed ormai lo abbraccia, come abbraccerebbe l' alluvione: « *Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adereverit, pignori erit. Eodem causa est alluvionis.* » *L. 18. § 1. ff. de pign. et act.* La soluzione sarebbe la stessa nel caso in cui si operasse la consolidazione; non già per la morte dell' usufruttuario, ma per l'acquisto che il nudo proprietario avesse fatto dell'usufrutto; tanto nell'un caso come nell'altro, non vi sarebbe ragione perchè l'ipoteca gravante in pria la nuda proprietà, non ricada sull'usufrutto per via di estensione (4).

Ma mutiamo l'ipotesi. Giacomo usufruttuario ha tolto a mutuo ed ha conferito ipoteca sul suo dritto di usufrutto; in seguito ha comprata la nuda proprietà di cui Giuseppe era legatario, e da ultimo quando aveva così riunito sul suo capo e l'usufrutto e la nuda proprietà, è espropriato di tutto. Che avviene dell'ipoteca di cui era affetto il suo dritto di usufrutto? Ed in pria, ricordiamo che l'ipoteca non è estinta; lo abbiam dimostrato al n. 383, se anche in tal caso l' usufrutto si estingue con la consolidazione ai termini del-

(1) Ved. Grenier (loc. cit.), Duranton (loc. cit.), Mourlon (Rip. crit. t. III, p. 478).— Ved. non pertanto Persil (art. 2133, n. 5), Dalloz (t. IX, p. 121, n. 17), Martou (n. 729).
(2) Ved. Persil (loc. cit., n. 4). Mourlon (loc. cit.) — Ved. non pertanto Martou (n° 728).
(3) Ved. Delvincourt (t. III, p. 202, n° 4), Grenier (t. I, n° 144), Dalloz (t. IX, p. 122, n° 19), Battur (t. II, n° 218), Troplong (n° 551), Duranton (t. XIX, n° 251), Martou (n° 731)
(4) Ved. Battur (loc. cit.)

l'art. 617, Cod. Nap., gli è solo nei rapporti dell'usufruttuario e del nudo proprietario, non già in quanto ai dritti che l'usufruttuario ha potuto conferire; l'ipoteca sussiste adunque. Ma in quale misura? Si spingerà sino a gravare la nuda proprietà per via di estensione? No, chè qui la proprietà è venuta ad unirsi all'usufrutto, ed implicherebbe che il principale cedesse all'accessorio: tale è anche l'opinione generale (1).

408. Da ultimo, abbiam detto su questa prima applicazione della regola consacrata dal nostro articolo, che i creditori ipotecarii profittano delle migliorie derivanti da mutamenti che àn collocato l'immobile ipotecato in condizioni migliori di esplotazione o altro. Ciò si dimostra in certo modo da sè stesso e non potrebbe far sorgere alcuna difficoltà.

Per esempio io posseggo per tutta fortuna immobiliare una casa sita in un punto recondito di Parigi, sopraggiungono lavori di utilità pubblica, per effetto dei quali la mia casa si trova di prospetto ad uno spiazzo, o ad una strada nuova ed importante; la mia casa che valeva 50mila fr., pria dell'esecuzione dei lavori, ne vale ora 100mila: l'aumento profitta ai miei creditori ipotecarii come profitta a me stesso, il loro pegno si aumenta di tutto ciò di cui il mio patrimonio immobiliare si è aumentato, ed i miei creditori chirografarii non potranno lor contestare, in caso di espropria, la parte che lor rivieno nel prezzo del pegno così migliorato.

Altro esempio: voi avete un terreno che, a causa della sua stessa situazione e della difficoltà delle comunicazioni che ne rendono per così dire impossibile la coltivazione, (tanto sarebbe onerosa) è presso che senza valore. Ma apronsi delle strade, si stabilisce una strada ferrata, ed il vostro terreno acquista un valore considerevole. L'aumento profitta alle ipoteche che gravavano un immobile insufficiente, e ciò che era nulla, o a un dipresso in origine, diviene una sicurezza reale e seria.

Le ipotesi potrebbero essere moltiplici; non pertanto non insisteremo su questa prima applicazione della regola; ciò che precede ne fa sufficientemente scorgere la portata.

III. — 409. È delle migliorie *industriali*, cioè di quelle che sono il fatto dell'uomo, quel che è delle migliorie naturali o accidentali; esso vantaggiano altresì all'ipoteca. Ciò è chiarissimo per quanto concerne le migliorie che sono il fatto del debitore.

È forse lo stesso in quanto alle migliorie che provengano da un terzo possessore? L'affermativa è del pari certa. Così un immobile gravato d'ipoteca è passato dalle mani del debitore ad un acquirente che, avendo trascurato di adempiere le formalità necessarie per purgare la proprietà, è rimasto obbligato ai termini degli articoli 2167, e segg. Codice Napoleone. Egli è in possesso dell'immobile e, mentre possiede, fa delle riparazioni, delle piantagioni ec., che migliorano considerevolmente la proprietà. Queste migliorie rientrano incontestabilmente nelle previsioni del nostro articolo, il quale senza far distinzione in modo alcuno vuole che l'ipoteca acquistata si estenda *a tutte le migliorie sopraggiunte allo immobile ipotecato*. Quelle del terzo detentore sono quindi gravate, al pari di quello che il debitore avesse potuto fare egli stesso, dallo ipoteche derivanti da parte di quest'ultimo. Soltanto, per un sentimento di equità, la legge riserba al terzo possessore la ripetizione delle sue spese, sino a concorrenza della plusvalenza che àn procurata all'immobile. Ritorneremo su di ciò al comentario dell'art. 2175. In quanto al presente è da ritenersi un sol punto, cioè che la nostra regola di estensione si applica alle migliorie che sono il fatto dell'uomo, e ciò, vuoi che provengano dal proprietario dell'immobile ipotecato, vuoi che provengano da un terzo detentore. Ciò del resto non è contestato.

410. La sola difficoltà che si è elevata riflette il significato che convien dare alla parola *migliorie*; ed anche questa difficoltà, la quale non sembraci tale, si restringe ad un punto tutto particolare.

In fatti si è di accordo sulla idea che tutto ciò che rende migliore la cosa, per importanti che sieno il lavoro e la mano d'opera, e per quanto completa sia la modifica, costituisce una miglioria, alla quale si applica la disposizione del nostro articolo. Così, uno stagno è stato disseccato e bonificato, una terra sterile è stata convertita in un semenzaio, in un giardino, in un verziere; una terra improduttiva è stata coverta di considerevoli piantagioni; un edifizio in istato di totale degradazione è stato largamente riparato; una casa di insufficienti dimensioni si è accresciuta di un'ala che vi si è aggiunta; o vi si è innalzato altro piano; son queste delle migliorie, secondo la opinione di tutti gli autori senza eccezione, e tutte profittano all'ipoteca.

Ma l'immobile gravato d'ipoteca è un ter-

(1) Ved. Grenier (t. I, n° 146), Dalloz, (loc. cit., n° 20), Troplong (n° 553 bis), Martou (loc. cit.) — Ved. Duranton (loc. cit.).

reno nudo; e su questo terreno si sono innalzate importanti costruzioni, di un valore considerevole. Queste nuove costruzioni sono altresì migliorie nel senso della legge? Ecco il punto controvertito tra gli autori; non pertanto la soluzione non potrebbe esser dubbia. L'applicazione del nostro articolo debbe essere regolata, come vedemmo più sopra, mercè i principii sul dritto di accessione, (*ved.* n. 406). Or è una massima certa nel diritto di accessione che *omne quod solo inaedificatur, solo cedit.* — Da un'altra banda, i redattori del Codice, nel deffinire questo dritto di accessione mercè i suoi stessi effetti, àn detto espressamente: « La proprietà di una cosa, sia mobiliare, sia immobiliare, dà dritto su tutto ciò che essa produce, e *su tutto ciò chè vi si unisce accessoriamente, sia naturalmente, sia artificialmente* » (art. 516). Ciò è più che sufficiente per mettere da banda la opinione di coloro che, allogando le costruzioni in una classe a parte, vi àn voluto scorgere, non già una miglioria del suolo, ma una creazione del tutto indipendente (1): nulla evidentemente si accorda meno coi principi. È uopo riconoscere al contrario che le costruzioni elevate su di un terreno, per quanto si suppongano considerevoli, reputansi non formare che una sola e medesima cosa con questo terreno, e che per volontà espressa e formalissima della legge, esse anzi non ne costituiscano che l'accessorio. E di qui è conseguenza necessaria il dire che l'ipoteca da cui il suolo era gravato si estende alle costruzioni come si estenderebbe a tutte le altre migliorie; epperò essa è generalmente proclamata (2).

IV. — **411.** Dopo aver seguito la regola nelle sue applicazioni, ci resta a far notare che essa è estranea a tutti i casi in cui l'aumento deriva da un acquisto novello, o dall'aggiunzione fatta dal proprietario di un terreno ad un altro per dare maggiore estensione al primo.

Per esempio io ho dato un'ipoteca sul mio terreno e a fianco ad esso trovasene un altro ch'io compro e riunisco al primo, in modo da formarne un solo. Gli è certo che l'ipoteca da me data sul terreno che dapprima possedeva non si estenderà a quello che ora ho acquistato. In questo caso la loro riunione in un sol corpo consiste nella mia volontà personale di non farne un tutto che rispetto a me ed al mio uso; ma rispetto al suolo immobiliare, il terreno nuovamente acquistato da me non è meno ben distinto dalla proprietà che prima aveva, tanto distinto, quanto lo era per lo innanzi.

Altro esempio, io aveva conferito ipoteca su di un terreno chiuso della estensione di un ettaro; in seguito compro un altro ettaro e lo unisco al primo, di cui estendo il recinto; l'ipoteca non ne resterà meno concentrata sull'ettaro che io ho ipotecato. La consistenza del mio terreno chiuso è mutata; essa è aumentata; non pertanto le due porzioni di cui ora si compone sono perfettamente distinte, e dall'una all'altra nel senso territoriale ed ipotecario, non v'è nè principale, nè accessorio.

Tale è la dottrina da noi già ammessa sulla quistione di sapere, se taluni aumenti fatti nelle stesse circostanze, durante il matrimonio, ad un immobile appartenente ad uno dei due conjugi, costituisca o pur no un bene proprio. Noi ci siamo pronunziati per la negativa, senza tener conto della obbiezione desunta da taluni autori dall'art. 1019, il quale in materia di legati, ritiene le indicate circostanze come sufficienti per far comprendere il terreno novellamente acquistato nel legato del recinto (3). Potrebbesi forse invocare ed opporre, in favore della esistenza dell'ipoteca, la stessa analogia. Ma noi risponderemmo ancora, che non è delle regole dell'ipoteca come di quelle sui legati; la valutazione dell'intenzione è dominante in materia di legato, e qui l'intenzione sarebbe essenzialmente favorevole al legatario, in quanto che il testatore che avrebbe potuto risecare, se l'avesse voluto, reputasi, daechè nol fece, aver disposto del recinto per intero. Al contrario in materia d'ipoteca, le regole sono essenzialmente limitative; esse debbono applicarsi rigorosamente, e senza che siavi giammai a ricercare quale abbia potuto essere la intenzione delle parti. Or la regola di estensione fermata nel nostro articolo suppone che

(1) Ved. in questo senso Dalloz (loc cit. n°15), Taulier (t. II, p. 315 e 316; t. VII, p. 269). — Ved. pure l'arresto della Corte di Parigi, del 6 marzo 1834, (Dev., 34, 2, 308). — Agg.: l'arresto della Corte di Lione, del 26 giugno 1835, che noi citammo, sopra al n°197 e le Osservazioni presentate dalla facoltà di dritto di Grenoble al tempo della Inchiesta amministrativa del 1841 (Docum., t. III, p. 348 e seg.).

(2) Ved. Grenier (t. I, n° 147), Duranton (t. XIX, n° 258), Mourlon (Rip. scrit. t. III, p.477), Troplong (n° 554). Martou (n° 752). — La stessa Corte di Parigi non ha persistito nella dottrina consacrata col suo arresto citato alla nota precedente. V. i due arresti in senso contrario de'2 luglio 1836 e 18 gennaio 1838 — Conf. Req. 11 aprile 1833, Bourges, 3 febbraio 1851, e Rennes, 26 novembre 1851 (I. P., 1857, t. I, p.310, 312; 1851, t. I, p. 471; 1852, t. II, p. 73).

(3) Ved. il Trattato del Contratto di Matrimonio, t. I, n° 437.

le migliorie e gli aumenti, che essa ha in mira, derivano da una unione reale, da una vera accessione, da una accessione che ai fa *accessoriamente* all'immobile ipotecato. E poi, il ripetiamo, non è il caso nè di unione, nè di accessione; abbiamo due porzioni perfettamente distinte, due proprietà indipendenti, di cui niuna delle due è l'accessoria dell'altra, e che sono entrambe principali.

2119 [2005]. L'ipoteca sopra i mobili non ha luogo quando passano ad un terzo (a).

SOMMARIO.

I. Origine della massima riprodotta nel nostro articolo. Essa appartiene al dritto consuetudinario: ma la portata non ne era la stessa in tutte le consuetudini.

II. È stata introdotta superfluamente nel Codice Napoleone; ed a torto taluni autori la presentano come scritta specialmente in vista degli oggetti che, essendo stati immobilizzati mercè la loro accessione ad un immobile, siano in seguito restituiti alla loro natura di oggetti mobiliari. Il nostro articolo è una disposizione generale che abbraccia questo caso particolare.

III. Ma nella sua applicazione al caso particolare, essa può aver conseguenze molto gravi, contro le quali per altro i crediti ipotecarii non sono sempre necessariamente inermi.

I. — 412. Nelle regole del dritto romano, non eravi in materia d'ipoteca, alcuna differenza a fare tra i mobili e gl'immobili: i beni delle due classi erano generalmente suscettibili d'ipoteca; tutte le cose suscettibili di essere vendute potevano appunto perciò essere affette ipotecariamente per la garentia dei creditori: tale era la regola: *Quod emptionem, venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. (L. 9, § 1, ff. De pign. et hyp.ecc.)* Del resto, l'ipoteca dei mobili godeva allo stesso titolo di quella degl'immobili, di tutte le prerogative inerenti a questo genere di garentia, vale a dire che dava il dritto di preferenza rispetto agli altri creditori, la cui ipoteca era posteriore in data, e il dritto *de suite* rispetto ai terzi, ai quali l'immobile avesse potuto trasmettersi; chè consacrando i testi questo dritto *de suite* e quello di preferenza, non istabilivano differenza tra gl'immobili e i mobili (*L. 12 § 10, ff. Qui post. in pign. vel hyp., ecc., l. 15, C. De pign. et hyp.)*

In Francia ed anche nei paesi di consuetudini, le regole della legge romana furono in pria ricevute e consacrate, almeno in quanto esse racchiudevano di generale; ma non tardarono ad introdursi delle modifiche. Il nostro articolo rammenta appunto una di queste modifiche ed una delle principali.

413. Infatti il dritto comune dei paesi consuetudinarii, se non la consuetudine di tutti questi paesi, non ha per lunga pezza ammesso l'ipoteca dei mobili: esso l'ha ben tosto respinta ed in modo assoluto, vale a dire in quanto al dritto *de suite* ed in quanto a quello di preferenza. Perchè? Il Loyseau ne assegna i motivi, che fa d'uopo riprodurre, perchè sussistono anche oggidì e mostrano la impossibilità di gravare una ipoteca su beni senza stabilità. « La ragione di ciò, ei dice, non è quella che volgarmente si allega, che *mobilium vilis est possessio*, perchè il più e il meno non portano mica differenza al dritto, ma ve ne ha tre altre pertinenti. Una che i mobili non hanno una sussistenza permanente e stabile come gl'immobili e non pertanto non sono sì proprii a ricevere in sè, mercè la semplice convenzione e senza che sieno attualmente occupati, il carattere d'ipoteca e a conservarne gli effetti... L'altra che i mobili possono facilmente e senza incommodo mettersi in mano del creditore, locandoglieli in pegno... di tal che quando non v'è che la semplice convenzione senza pegno, si può imputare al creditore di non aver preso, come doveva, le sue cautele: il che non succede per gl'immobili, di cui è malagevole ed incomodo di trasferire la detenzione al creditore. La terza è che se i mobili avevano *suite* con ipotera in forza della semplice convenzione... il commercio sarebbe molto incomodo, anzi presso che abolito, di tal che non potrebbesi disporre di una spilla, di un grano di biada, senza che il compratore ne potesse essere evinto da tutti i creditori del venditore (1). »

Ma come abbiam fatto presentire l'ipoteca dei mobili non fu così respinta in modo assoluto in tutti i paesi di consuetudine. Il dritto comune erasi fissato senza dubbio nel senso indicato dal Loyseau; non pertanto talune particolari costumanze facevano eccezione, non già quelle che ammisero l'ipoteca dei mobili in modo completo e con tutti gli effetti ine-

(a) All'art. 2119 C. fr. corrisponde oello nostre LL. CC. il 2005, col quale si è modificata la inesatta redazione di quello. E invero dice l'articolo francese: *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Il che detto così in generale significherebbe che l'ipoteca su'mobili non vale quando passano nelle mani d'un terzo, e potrebbe indursene che valga, laddove restino presso il proprietario; mentre che l'ipoteca è un dritto reale costituito *sopra immobili* (art. 2114-2000). E chiaro dunque che l'art. 2119 accenna a quei mobili, di cui parla l'art. 2118, cioè a quelli *accessori d'immobili*; eppero bene ha fatto il nostro legislatore con aggiungere nell'art. 2005 questa proposizione implicita che restringe il significato della parola *mobili*. *Il Trad.*

(1) Loiseau (De Officiis, lib. 5, cap. 3, n° 21 e seg.)

renti all'ipoteca, ma esse l'ammettevano in una certa misura ed in uno dei suoi effetti: tali erano segnatamente le consuetudini di Normandia, del Maine e d'Anjou. In questi paesi, come dice altresì il Loyseau, si era particolarmente colpiti dall'ultima delle tre ragioni, il cui insieme, in tutt'altro luogo, aveva fatto respingere l'ipoteca dei mobili; ma siccome « quest'ultima ragione, la quale è al certo la più plausibile, non mena che *alla continuazione della ipoteca concernente il compratore e non già a quella che concerne il creditore posteriore,* » erasi preso un termine medio: l'ipoteca dei mobili era stata ammessa quanto *alla continuazione concernente il creditore posteriore*, nel senso che i creditori i quali avevano accettato dei mobili come un pegno ipotecario non avevano dritto al prezzo che secondo l'ordine della loro ipoteca; al contrario essa era stata respinta in quanto *alla continuazione concernente il compratore*, nel senso che, se i mobili ipotecati si fossero venduti, il compratore ne era regolarmente proprietario e non aveva a temere evizione per parte dei creditori del venditore (1).

Tale era su questo punto l'insieme del dritto consuetudinario: esso riassumevasi nella famosa massima, divenuta secondo la espressione del Loyseau una regola ed un proverbio di pratica: Il mobile non ha continuazione per via d'ipoteca. Del resto questa regola era generale oltre ogni credere: si ritrovaindistintamente in tutte le consuetudini e così doveva essere. Ciò posto che la continuazione per via d'ipoteca, nel linguaggio del diritto consuetudinario s'intendesse non solo dell'azione del creditore che *segue contro l'acquirente*, ma ancora dell'azione del creditore che segue contro un creditore posteriore (2), la massima aveva la sua ragione di essere in tutte le consuetudini, in quelle che non ammettevano dell'ipoteca dei mobili se non il dritto di preferenza, non meno che in quelle che non ammettevano nulla, nè il dritto di preferenza nè quello di continuazione. Soltanto la portata non era, nè potova essere la stessa nelle consuetudini dell'una e dell'altra classe: nelle prime, essa significava unicamente che i mobili una volta usciti dal possesso del debitore per effetto della vendita erano liberi tra le mani del compratore, il quale non poteva essere molestato; nelle altre, in molto maggior numero significava che se, per impossibile, taluni mobili avessero ricevuto un'affezione ipotecaria, non solo il compratore di questi mobili non poteva essere molestato dai creditori ipotecarii, ma ancora che questi stessi creditori e tra di loro, non dovevano contare sulla ipoteca per farsi pagare sul prezzo, gli uni in preferenza degli altri (3).

II — 414. Il nostro articolo ci dice ugualmente che i mobili *non hanno continuazione con ipoteca*. In quale scopo ed in quale interesse ce lo dice? Evidentemente non può essere nel senso e col significato ristretto che aveva la massima pei paesi consuetudinarii in cui, per eccezione al dritto comune, l'ipoteca dei mobili era ammessa almeno in quanto al dritto di preferenza. A fronte degli art. 2114 e 2118, di cui uno dice dell'ipoteca ch'essa è un *dritto reale sugl'immobili* e l'altro indica *i beni immobiliari ed i loro accessorii riputati immobili* come soli suscettibili di essere ipotecati, il nostro articolo non può avere altro significato che quello che aveva nel dritto comune delle consuetudini la massima di cui è la riproduzione. Ciò vuol dunque dire, (il che per altro i redattori della legge del 9 messidoro anno 3° avevano creduto dover esprimere anche più nettamente) (4), che *rispetto ai mobili ed oggetti mobiliari, essi non sono suscettibili di essere ipotecati*. In questo senso il nostro articolo esprime quel che è già chiaramente indicato dagli art. 2114 e 2118, ed è vero il dire che la disposizione è stata superfluamente introdotta nel Codice.

415. Del resto il nostro articolo regola allo stesso titolo e gli oggetti mobiliari che non hanno cessato di conservare il loro carattere di mobili e quelli che, essendo stati immobilizzati per destinazione, han poscia ripreso con la separazione la loro natura mobiliare. Taluni autori guidati dal desiderio di difendere la legge contro il rimprovero di ripetizione, sono stati spinti a pensare altresì che specialmente pei mobili di quest'ultima categoria e sol per essi, è stato scritto il nostro articolo: « Gli è aperto, dice il Duranton, chè sotto il Codice, la regola *i mobili non hanno continuazione per ipoteca*, non avrebbe alcun

(1) Loyseau (loc. cit., n° 27).

(2) La continuazione con ipoteca, dice il Loyseau, è quando un creditore segue la sua ipoteca *o contro l'acquirente o contro il creditore posteriore*. Ved. *loc. cit.*, n° 29.

(3) La regola, secondo il Loyseau, importa « che l'acquirente non può esser molestato, e *quindi* la continuazione *ed ordine d'ipoteca* non ha luogo nei mobili tra più creditori ai quali sono ipotecati ». *Loc. cit.* n. 22.

(4) Questa legge che come si è veduto più sopra n. 318 dichiarava altresì soltanto suscettibili d'ipoteca i beni e taluni dritti immobiliari, soggiungeva nonpertanto nell'art. 6. « In quanto ai beni mobili, essi non possono formar l'oggetto di alcuna ipoteca, senza pregiudizio nonpertanto del dritto di continuazione per causa di revindica ».

senso, applicata ai mobili ordinarii, poichè non possono essere ipotecati: andava quindi da sè che non possono essere seguiti per via d'ipoteca; sarebbe stato dunque inutile il dirlo. *Essa debbe intendersi dei mobili che erano divenuti immobili per destinazione e che sono stati gravati da ipoteca con l'immobile, ma che una volta separati dal fondo, non possono seguirsi con ipoteca, perchè con la loro separazione han ripreso la natura di mobili ordinarii* (1). » Nonpertanto niuna cosa, nè nel testo, nè nella discussione della legge autorizza una simile interpetrazione, ed evvi tanto meno luogo a soffermarvisi, in quanto anche intesa nel senso che le si presta, la disposizione del nostro articolo non sarebbe meno superflua: chè da ultimo se i mobili in pria immobilizzati riprendono con la separazione la loro natura *di mobili ordinarii*, si è perchè rientrano con la separazione nella regola generale; donde segue che, anche pei mobili i quali, cessata la immobilizzazione sono ritornati alla loro primitiva natura, andava da sè che non potrebbero essere seguiti per via d'ipoteca poichè come tutti gli altri sono ormai insuscettibili di essere distintamente ed isolatamente ipotecati (2). È uopo dunque riconoscere che evvi nel nostro articolo una disposizione assoluta, superflua senza dubbio, in vista degli art. 2114 e 2118, ma che abbraccia i mobili in modo generale e per conseguenza, come abbiam detto, non solamente quelli che non hanno giammai perduto la qualità di mobili, ma ancora quelli che avendola perduta per l'immobilizzazione, l'han poscia ripresa, quando questa è cessata.

416. Ma evvi talune conseguenze a precisare, in quanto ai mobili di quest'ultima categoria che durante la loro immobilizzazione sono stati colpiti dalle ipoteche da cui era gravato l'immobile al quale aderivano. Una di queste conseguenze è stata dedotta più sopra, quando abbiam mostrato che al momento in cui cessa l'immobilizzazione, i mobili sfuggono all'ipoteca che li aveva colpiti come accessorii e che il pegno del creditore trovasi diminuito di altrettanto, (*ved. supra*, n. 376). Eccone un'altra, che a causa della sua natura stessa dobbiam riserbare per rannodarla al nostro articolo; vale a dire che i creditori ipotecarii i quali, pel fatto della separazione, cessano di avere in pegno la cosa, non hanno con ciò, nella loro qualità di creditori ipotecarii, alcun dritto di preferenza ad esercitare sul prezzo. Epperò se i mobili ritornati alla loro primitiva natura sono stati venduti dietro sequestro fattone al debitore, ovvero se sono stati venduti all'amichevole da colui che è in possesso dell'immobile al quale erano inerenti; il pagamento o la distribuzione del prezzo si farà a chi di dritto, ma senza che i creditori iscritti sull'immobile abbiano a pretendervi alcun dritto di preferenza a causa della loro ipoteca. Il sequestro o la vendita ha per oggetto mobili che a dir vero sono stati colpiti dall'ipoteca durante la loro immobilizzazione; ma la mobilizzazione li ha affrancati; ormai l'ipoteca è, a loro riguardo, come se non fosse mai esistita, chè per la loro natura e presi in sè stessi, non sono suscettibili di essere ipotecati: ecco quel che dice il nostro articolo esprimendo che i mobili non hanno continuazione per via d'ipoteca; non è dunque possibile che l'ipoteca abbia maggior effetto sul prezzo di quel che può averne sulla cosa.

Questo punto di dritto ci sembra fuori dubbio; non pertanto esso è stato gravemente sconosciuto nei motivi di un arresto per altro generalmente censurati (3). Nella specie erasi consentito un prestito ad un fabbricante di birra con ipoteca sulla sua fabbrica e sugli utensili da essa dipendenti. Il debitore morì poco tempo dopo, lasciando gli affari in cattive acque, talmente che la sua successione fu ripudiata ed essendo vacante fu posto sotto l'amministrazione di un curatore. Gli utensili, cioè botti e bigonciuoli trovavansi allora incorporati alla fabbrica; ma il curatore ne operò la separazione con la vendita che fece distintamente e della fabbrica e degli utensili. Poscia essendosi aperta una graduazione per la distribuzione dei danari, la regia delle contribuzioni indirette, creditrice per dritti dovuti a causa di fabbricazione di birra, vi si presentò e pretese un privilegio sul prezzo di vendita delle botti e bigonciuoli. Sorse allora conflitto tra la regia ed il creditore ipotecario; sostenendo la prima che questi utensili erano si con la vendita restituiti alla loro natura mobiliare, che per conseguenza il creditore ipotecario non ne poteva colpire il prezzo in virtù dell'ipoteca che gli era stata conferita sulla fabbrica; il secondo pretendeva al contrario che la sua ipoteca doveva esercitarsi sul prezzo provveniente dagli utensili come da tutta altra parte dell'immobile affetto. Quest'ultima pretesa venne successivamente consacrata dal Tribunale di Lilla

(1) Ved. Duranton (t. XIX, n. 280).—*Junge*: Dalloz (loc. cit., n. 7), Delvincourt (t. III, p. 157), Demante (t. III, n. 964), Bugnet su Pothier (Tr. dell' Ip., n. 36 in nota).

(2) Conf. Valette (p. 219).

(3) Ved. Troplong (n. 399), Valette (p. 221), Martou (n. 719).

e dalla Corte di Douai (1). Perchè? Si può dire che nè il Tribunale,nè la Corte ne hanno assegnato alcun motivo; chè, dopo avere stabilito, il che per altro non ponevasi in dubbio, che a Lilla gli strettoi, le botti e bigonciuoli inerenti ad una birreria dovevansi considerare come immobilizzati per applicazione dell'art. 524, Cod. Nap., si limitano, su quello che formava appunto la difficoltà del litigio, ad esprimere « che la vendita particolare fatta delle botti *non ha potuto cangiare la qualità di immobili che l'art. 524, Cod. civ. lor dava, nè far perdere al creditore la sua ipoteca sulle stesse, nè per conseguenza sui danari che le rappresentano.* » Ciò significava risolvere la quistione con la quistione, e poggiare su di una vera petizione di principîi una teoria del tutto contraria alle più accreditate dottrine.

Ben ci è noto che il ricorso in cassazione diretto contro questo arresto è stato respinto(2); non pertanto, non bisogna ingannarsi, la Corte di Cassazione non ha legittimato una soluzione così contraria alle regole. L'arresto di rigetto, rannodandosi alla circostanza che, nella specie, la vendita degli utensili erasi fatta dal curatore alla successione vacante, sembra essersi determinata dall'idea che il fatto di un *semplice amministratore*, il quale agiva senza dubbio nello scopo di trarre miglior partito dalla cosa, non aveva dovuto distruggere la destinazione che il proprietario aveva dato agli oggetti mobiliari e mercè la quale li aveva immobilizzati, nè aver per effetto di favorire una classe di creditori in pregiudizio dei dritti acquistati da un'altra classe. Ma l'arresto di rigetto non ha avuto cura di dire, come i giudici del fatto, che in massima la vendita degli utensili, fatta distintamente, *non può mutare la qualità d'immobili che la destinazione lor aveva impressa*; nè che in massima ancora occorre dopo la vendita riserbare ai creditori ipotecarii il loro dritto di preferenza sul prezzo degli utensili che questa vendita ha reso alla loro primitiva natura di mobili. Esso ammette ciò nella situazione speciale ed eccezionale sulla quale statuisce. Lo avrebbe forse ammesso in tesi generale e nel caso in cui la separazione si fosse operata dal proprietario o da un erede che avesse preso il posto del proprietario? No, vi sono nei motivi generali dell'arresto talune riserve che non permettono di dubitarne. Si è che, il ripetiamo, gli oggetti che la destinazione ha immobilizzati momentaneamente, ritornano mobili con la separazione,allo stesso titolo dei mobili ordinarii;come tali sono ormai insuscettibili d'ipoteca in modo assoluto e per conseguenza l'ipoteca che li gravava accessoriamente allo immobile, di cui sono stati per un momento gli ausiliarii o le dipendenze, non li colpisce più in modo alcuno, nè in loro stessi, nè nel prezzo che li rappresenta, perchè la cosa stessa non essendo suscettibile d'ipoteca, non potrebbesi concepire che potesse produrre ad occasione di essa un effetto qualunque derivante dal dritto ipotecario.

III. — 417. Appunto a causa di questo effetto assoluto della mobilizzazione, importa dimandare se il creditore ipotecario è completamente privo di tutti i mezzi di prevenire atti, il cui adempimento deve menomare il pegno, o anche, supponendo consumato l'atto, ottenere o che si ristabilisca il suo pegno, o che sia riparato il danno che può risultarne. Si è questo il punto da noi riserbato nel comentario dell'art. 2118 (*ved. supra*, n. 376 in fine).

Ed in pria lasciam da banda il mezzo indicato dall'art. 2131 pel caso in cui gl'immobili soggetti all'ipoteca sono periti o han sofferto degradazioni tali da divenire insufficienti per la sicurezza del creditore. Dovremo occuparci, nel trattare della ipoteca convenzionale, di questo caso che riflette un altro ordine di idee. Collochiamoci ora nell'ipotesi in cui il pegno è scemato o distrutto, non già in seguito di circostanze puramente accidentali, ma per un fatto positivo emanante dalla volontà dell'autore di esso.

418. Ciò detto, faremo una prima distinzione.

O il debitore è proprietario dell'immobile ipotecato senz'alcun altro ostacolo che quello risultante dall'ipoteca da cui la sua cosa è gravata, o l'immobile che è tra le sue mani trovasi colpito da sequestro; la situazione sotto il punto di vista che ne occupa e i dritti rispettivi dei creditori ipotecarii, dei proprietarii e dei terzi col quali costui contrattasse, sono necessariamente diversi nelle due specie.

Prendiamo in pria la seconda. — Pietro, proprietario di una casa, vi ha incorporato delle macchine e ne ha fatto una fabbrica. Egli aveva per creditori Giuseppe e Paolo, ai quali aveva conferito sulla sua casa una ipoteca, la quale si è estesa alle macchine incorporate. In questa situazione la fabbrica di Pietro è pegnorata immobiliarmente, e il pegnoramento è trascritto. In questo caso pensiamo che non possa elevarsi il menomo dubbio. Paolo e Giuseppe, creditori ipoteca-

(1) Douai, 3 gennaio 1815.

(2) Rig., 4 febbraio 1817.

rii, hanno ormai con la trascrizione del pegnoramento un dritto certo, nella misura del loro credito, alle macchine incorporate, un dritto col quale niun altro potrebbe entrare in lotta. I terzi adunque chiunque sieno, e qualunque sia la convenzione che avessero fatta, posteriormente alla trascrizione, con Pietro proprietario della fabbrica, nulla avrebbero ad opporre alle pretese dei creditori ipotecarii; e quando pur fossero acquirenti o in possesso delle macchine, i creditori ipotecarii revindicherebbero tra le loro mani le macchine che erano state incorporate, perchè dopo il pegnoramento immobiliare della fabbrica e la trascrizione di esso, il proprietario era legalmente spogliato della cosa: questa cosa che era unita al suo immobile era il pegno dei creditori e quindi niuna parte potevasene distrarre in pregiudizio dell'ipoteca che vi avevano impressa.

Prendiamo ora la prima ipotesi: Pietro proprietario della fabbrica gravata, con gli accessorii di essa, di due ipoteche conferite a Giuseppe e a Paolo, è in una situazione di affari e di fortuna che gli permette di soddisfare alle sue obbligazioni. Il suo immobile è dunque in suo potere libero di ogni pegnoramento. Ma la prosperità dei suoi affari non è che un'apparenza; in fatti Pietro trovasi impacciato, fa d'uopo che faccia danaro di tutto; vende allora le macchine della sua fabbrica a Giacomo che le toglie o si propone di toglierle. È appunto il caso nel quale si produce la quistione proposta; i creditori ipotecarii potranno o pur no opporsi a che gli accessorii che la loro ipoteca ha colpiti sieno tolti dall'immobile? Nel caso in cui questi accessorii fossero già tolti, potranno o pur no esigerne la reintegra ed il ristabilimento? È uopo fare un'altra distinzione.

419. Ed in pria gli oggetti incorporati, venduti dal debitore, restano sull'immobile ipotecato in cui sono a disposizione del compratore che si propone di toglierli: in questo caso noi pensiamo che rispetto al creditore ipotecario la mobilizzazione non è completa; manca la tradizione. Ci siamo pronunziati, a dir vero, in senso contrario, in quanto concerne i frutti ordinarii, che noi abbiamo considerati come mobilizzati pel solo fatto della vendita (ved. *supra*, n. 363); ma si è perchè una tale vendita, per parte del proprietario, rientra negli atti di amministrazione, nel rango dei quali è impossibile di collocare la vendita di effetti immobilizzati per destinazione, vale a dire oggetti che sono gli ausiliarii dell'immobile al quale erano inerenti e che non vi erano stati collocati che per la esplotazione di esso. Così nel caso proposto e senza che siavi d'uopo far distinzione in modo alcuno, se la vendita consentita dal debitore siasi fatta in buona o in mala fede, i creditori ipotecarii potranno opporsi allo spostamento; in ciò non faranno che usare della facoltà accordata dall'art. 1180, Cod. Nap., che permette a qualunque creditore di esercitare, anche pria che sia adempita la condizione, tutti gli atti conservatorii del suo dritto. E poi se si contests in merito il dritto in forza del quale si sarà fatta l'opposizione, il creditore ipotecario non istenterà a mostrare che questo dritto è superiore e preferibile a quello dell'acquirente di oggetti mobiliari incorporati. Costui in fatti non potrebbe tentare di far prevalere il suo che argomentando dalla mobilizzazione. Or, su questo piede, il creditore ipotecario si trincererebbe dietro l'art. 1141, Cod. Nap., secondo il quale a se la cosa che si è in obbligo di dare o di consegnare a due persone successivamente è puramente mobiliare, quella delle due che ne è stata posta in possesso reale è preferita e ne rimane proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore in data, purchè non pertanto il possesso sia in buona fede a; e vi si trincerebbe a ragione, chè nell'ordine di idee in cui ci siamo posti, nulla al certo evvi di forzato ad assimilare il creditore ipotecario ad un primo acquirente, al quale si fosse promessa la consegna degli oggetti comprati dal secondo, nè a far prevalere il dritto reale risultante dall'ipoteca su di un altro dritto che il possesso reale non ha completato (1).

420. Gli oggetti che erano stati immobilizzati per destinazione sono separati dallo immobile e ne sono portati via; in questo caso sono necessarie altre distinzioni; o gli oggetti distaccati dall'immobile sono posseduti da un terzo acquirente, o sono ancora, vuoi tra le mani del proprietario stesso, vuoi nelle mani di persone terze alle quali li ha consegnati.

Nel primo caso la mobilizzazione comin-

(1) Ved. Valette (p. 225), Demolombe (t.IX, n.526) — Ved. ancora un arresto di rigetto del 17 luglio 1838. Nella specie, l'acquirente degli oggetti immobilizzati è stato preferito, in definitiva, al creditore ipotecario; ma si è che al fatto della vendita si aggiungeva il fatto di una tradizione se non reale, almeno fittizia; trattavasi di schiavi e la vendita era stata seguita dalla consegna del foglio di enumerazione. — Ved. pure, nei suoi motivi, un arresto già citato del 10 giugno 1841.

ciata dalla vendita è completata dal fatto dell'acquirente che si è posto in possesso. Ormai il terzo acquirente è protetto dalla regola che in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279, Cod. Nap.), ed è a favor suo questo articolo 1141 che gli si opponeva nella ipotesi precedente, e che in questa volge a suo favore;chè in ciò evvi un dritto certo risultante da una immissione in possesso reale e che, sebbene abbia preso origine dopo quello del creditore ipotecario,è nei termini stessi di questo articolo, superiore al dritto di quest'ultimo e deve vincerla su di lui.

Nondimeno noi supponiamo una vendita consentita in buona fede. Se al contrario fosse tacciata di frode, se fosse il risultato di un concerto fraudolento organizzato nello scopo di nuocere al debitore ipotecario con l'alterazione o la diminuzione del suo pegno, sarebbe altrimenti; il caso rientrerebbe allora nella ipotesi di cui ci rimane a parlare, quella in cui gli oggetti distaccati dallo immobile esistano vuoi tra le mani del proprietario stesso, vuoi tra le mani dei terzi, ai quali li avesse trasmessi.

Se questi oggetti sono in potere del proprietario che li ha staccati dal suo immobile; è fuori dubbio che i creditori ipotecarii, in pregiudizio dei quali sono stati separati dall'immobile e portati via, hanno il dritto di esigerne il ristabilimento e la reintegra a spese del debitore, o di esigore, se il ristabilimento non è possibile (p. es. se gli oggetti mobilizzati sono stati incorporati ad un altro immobile) che oggetti simili o della stessa natura sieno messi in loro vece e restituiscano il pegno nel primitivo suo valore.

Gli oggetti sono riconoscibili nelle mani del terzo al quale il debitore li avesse consegnati, i creditori ipotecarii potranno agire su questi oggetti nelle mani dei terzi, come avrebbero potuto agire su di essi nelle mani del debitore stesso se ne fosse rimasto detentore;invocando allora la regola degli art. 1143 e 1144 Cod. Nap. essi domanderanno vuoi il ristabilimento e la reintegra delle cose dalle mani dei terzi, vuoi l'autorizzazione di impadronirsi di questi oggetti per reintegrarli essi stessi a spese di coloro che li detengono in loro pregiudizio. Ciò è ammesso dagli autori (1). Il Duranton l'ammette parimenti nel caso almeno in cui gli oggetti mobilizzati sono liberi, vuoi tra le mani del debitore, vuoi nelle mani dei terzi, ai quali il debitore li avesse confidati, locati o mutuati; ma pensa che più non dovrebbe essere lo stesso, se questi oggetti fossero colpiti da un sequestro per parte dei creditori chirografarii del debitore (2). Noi non crediamo che debbasi ammettere siffatta restrizione. I creditori ipotecarii che vengono così ad impadronirsi, con l'autorizzazione del magistrato, di corpi certi per ristabilirli nello immobile da cui sono stati staccati indebitamente, esercitano una specie di dritto reale che prevale sul sequestro praticato da altri creditori del loro debitore. Questo dritto rimane integro e possono esercitarlo contro i creditori sequestranti, come potrebbero esercitarlo contro il debitore stesso, perchè in ciò i creditori chirografarii, da cui emana il sequestro non hanno altro dritto che quello del debitore, dal quale sono gli aventi causa. Tal'è l'opinione espressa dal Valette e dal Demolombe (3); noi crediamo ch'essa debbesi adottare.

Da ultimo gli oggetti sono nelle mani di un terzo acquirente di mala fede; i creditori ipotecarii potranno esigere al pari da lui che ristabilisca gli oggetti, se ne è possibile il ristabilimento, e che ricostituisca così il loro pegno nella primitiva consistenza; nel caso contrario, se le cose più non possono ristabilirsi, i creditori ipotecarii avran dritto a domandare che il terzo acquirente sia condannato, per applicazione dell'art. 1382, Cod. Nap. a pagare danni-interessi proporzionati al pregiudizio che il suo fatto avrà arrecato.

421. Aggiungiamo,nel terminare sul nostro articolo che, in una certa misura, le osservazioni che precedono troveranno la loro applicazione anche nel caso in cui la mobilizzazione vertesse su beni immobili per loro natura.

P. es. Pietro è proprietario di un podere sul quale Paolo, suo creditore di considerevoli somme, à preso una ipoteca. Pietro vende a Giuseppe la casa costituita su questo podere per essere demolita, ed a Giacomo un bosco di alto fusto per essere abbattuto. Non dobbiamo ora ricercare se simili vendite, così fatte in vista di una demolizione o di un abbattimento, il cui effetto sarà di operare la mobilizzazione di cose classificate dalla legge nel novero degl'immobili per loro natura, sono mobiliari o immobiliari, ed in oltre se esse sono o pur no soggette alla trascrizione in forza della nuova legge; è un punto che dovremo esaminare nel trattare del dritto *de suite* nel nostro comentario degli art. 2166 e seguenti.

(1) Ved. Valette (p. 235). Demolombe (t. IX, n. 326).
(2) Ved. Duranton (t. XIX, n. 285).
(3) Ved. le indicazioni fattenelle note precedenti.

Per ora dobbiamo solo indicare che, nel caso supposto, se la casa venduta a Giuseppe è demolita, se il bosco venduto a Giacomo è dissodato, i materiali e gli alberi saranno con ciò stesso mobilizzati, di tal che in tesi generale ed in virtù delle regole sopra esposte (ved. il comentario dell'art. 2118), Paolo, creditore ipotecario di Pietro, non potrebbe seguire tra le mani di Giuseppe e di Giacomo i materiali e gli alberi provvenienti dalla demolizione e dall'abbattimento operati da costui.

Ma qui insorgeranno talune riserve e distinzioni indicate ad occasione della mobilizzazione degl'immobili per destinazione.

La vendita si è fatta in mala fede, nello scopo di nuocere al creditore ipotecario, essa sarà nulla assolutamente e non potrà produrre alcun effetto, di tal che non solo il creditore avrà dritto ad opporsi, se la demolizione e l'abbattimento non sono eseguiti, a che si compia il fatto; ma ancora avrà dritto ad esigere, nel caso contrario, il ristabilimento di tutto ciò che è suscettibile di essere ristabilito, vale a dire la ricostruzione dell'edifizio ed in oltre la riparazione di tutto il danno che può risultare dalla diminuzione del pegno ipotecario.

La vendita si è consentita in buona fede, senza alcun pensiero di frode dal canto degli acquirenti; il creditore ipotecario sarà senz'alcuna azione rispetto ad essi, se sono in possesso reale delle cose da loro acquistate, vale a dire se Giuseppe ha operato la demolizione e tolto i materiali, e se Giacomo ha eseguito il dissodamento del bosco e tolti gli alberi, il creditore ipotecario non potrà in tal caso agire che contro il suo debitore, ed avrà contro di lui la risorsa dell'azione che gli è aperta dall'articolo 2131. Ma si noti, il *possesso reale* soltanto proteggerà i terzi acquirenti anche in buona fede, di tal che se Giuseppe e Giacomo non avessero cominciato la demolizione o l'abbattimento; o se avendolo cominciato, non l'avessero menato a termine, il creditore ipotecario dovrebbe essere ammesso ad opporsi a questi atti, e ad impedire ai terzi acquirenti di intraprenderli o di continuarli. Qui ancora il creditore agisce per la conservazione del suo dritto, e tanto in questo caso, quanto in quello in cui si oppone alla mobilizzazione degl'immobili per destinazione (ved. n. 419), non vi sarebbe ragionevole motivo per negargli il benefizio dell'art. 1180, Cod. Nap.

2120 [2006]. Il presente Codice non deroga in alcuna parte alle disposizioni delle leggi marittime, concernenti le navi ed i bastimenti (a).

422. Questo articolo che pone termine alla serie delle disposizioni generali relative alla ipoteca si rannoda in realtà alla materia dei *Privilegi*; epperò noi ne presentammo il comentario nel trattar dei privilegi sui mobili. Rimandiamo il lettore alle nostre precedenti osservazioni su questo punto (*ved. supra*, n. 94 a 111) e passiamo agli sviluppi che comporta in particolare ciascuna delle cause d'ipoteca indicate dall'art. 2116 (*ved. supra*, n. 323).

SEZIONE PRIMA

Delle ipoteche legali.

423. Questa sezione con cui si apre la serie delle disposizioni speciali alle diverse specie di ipoteche (*ved. supra*, n. 319) è consacrata all'ipoteca classificata e definita la prima dagli art. 2116 e 2117, Cod. Nap., *all' ipoteca legale*. Qui si presenteranno difficoltà che non sono al certo le meno gravi del nostro subbietto; ma pria di studiarle, il che rientra nel comentario degli articoli di cui si compone la nostra sezione, dobbiamo soffermarci al principio stesso della ipoteca ed alle critiche di cui è stata l'obbietto e contro le quali per altro non v'è più mezzo oggidì di difenderlo.

L'ipoteca di cui qui trattasi è qualificata *legale*, meno (come ci è noto) perchè à il suo principio nella legge, (chè la legge è la causa comune da cui procedono *tutte* le ipoteche indistintamente) che perchè esiste di pieno dritto per la sola volontà del legislatore, indipendentemente da una manifestazione qualunque dal canto, o di colui al quale è accordata l'ipoteca, o di quello i cui immobili essa grava (*ved. supra*, n. 322). Se dunque l'ipoteca è legale, si è che la legge qui agisce sola per ed in nome del creditore che protegge; e quest'azione della legge si spiega e si giustifica per la natura stessa delle cose. Si è che infatti l'obbligazione garentita dalla ipoteca prende la sua origine, non già in una convenzione espressa e diretta delle parti, ma nei rapporti stabiliti dalla legge stessa. Quindi la legge civile è quella che pronunzia lo interdizione di cui la moglie è colpita relativamente ai suoi beni o che la colloca in uno stato di dipendenza rispetto al marito; è la legge civile del pari quella che, preoccupandosi dello stato dei minori e degl'in-

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

terdetti li colloca sotto la direzione e la sorveglianza di un tutore la cui azione deva supplire alla debolezza della loro età o della loro intelligenza; per volontà della legge altresì ed a causa della loro condizione di esistenza, le persone morali, come lo Stato, i comuni, gli stabilimenti pubblici sono tenuti a ricorrere ad agenti per l'amministrazione degl'interessi generali che rappresentano in diversi gradi. Alloraquando dunque la legge, mercè gli articoli di cui or ora daremo il romento, accorda alle donne maritate, ai minori ed interdetti, allo Stato, ai comuni ed agli stabilimenti pubblici, a causa dei loro dritti e crediti, una ipoteca generale sui beni immobili dei mariti, dei tutori, dei ricevitori ed amministratori contabili, non fa che completare le misure di protezione da essa organizzate, o dar loro efficacia, mercè una specie di sanzione che vi aggiunge.

È non pertanto in tutte le epoche in cui si è trattato in Francia della riforma del regime ipotecario, tutto ciò è stato l'obbietto di vivissime censure. Le ipoteche legali sono state presentate come nocive alla proprietà stessa, come quanto àvvi di più proprio a distrarre dalla vendita e dal mutuo, in quanto che fanno nascere veri impacci nella pratica degli affari, suscitano la confusione nelle transazioni e gettano il discredito su quasi tutti i patrimonii anche i meglio collocati. Poscia, traendo argomento da quanto ha luogo in taluni Stati limitrofi, in cui la legge affida la direzione e la gestione degli affari degl' incapaci ad un amministratore specialmente istituito in tale scopo sotto la garenzia dello Stato, si è talvolta emessa la idea che sarebbe possibile di porre in pratica presso noi questo stesso mezzo, e che con ciò si proteggerebbero gl'incapaci non meno sicuramente che con l' ipoteca legale ed in tutti i casi senza impaccio alcuno per le transazioni, nè danno pel credito fondiario(1).

Nonpertanto l'ipoteca legale ha trionfato e dei novatori e delle censure. Da una banda si è sempre riconosciuto, senza doversi insister molto su questo punto che il mezzo, tolto a prestito a talune nazioni straniere, non potrebbesi mettere in luogo dell'ipoteca legale senza che siavi d'uopo mutar con ciò tutto il sistema della legge sulla tutela, sul contratto di matrimonio, sui dritti rispettivi dei conjugi e per conseguenza a contrariare, su questi importanti punti della nostra legislazione civile, abitudini ammesse e consacrate da secoli. — Da un'altra banda si è capita, che dando ipoteca agl'incapaci, il cui interesse in fin dei conti è di molto superiore all'interesse tutto particolare dei mutuanti e degli acquirenti, la legge non fa che mettere i loro beni sotto la protezione del dritto comune, in quanto che facendo per essi ciò che non fanno o non possono fare da sè stessi, essa loro accorda in difinitiva la garenzia che ogni creditore, padrone dei suoi dritti, è libero di farsi accordare dal suo debitore.

Ciò detto in quanto al principio, passiamo al comentario.

2121 [2007]. I dritti ed i crediti, ai quali è attribuita la ipoteca legale sono:

Quelli delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti;

Quelli dei minori ed interdetti sopra i beni del loro tutore;

Quelli dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto (a).

SOMMARIO

I. Osservazioni generali e divisione.
II. *Dell'ipoteca legale delle donne maritate.*—L' ipoteca ha la sua causa nel fatto del matrimonio. Essa è indipendente dal contratto che regola le condizioni civili del matrimonio e dalle circostanze in cui esso avrà luogo, applicazione al matrimonio celebrato all'epoca del fallimento del marito e ai matrimonii contratti all'estero.
III. Dritti e crediti garentiti dall'ipoteca legale della moglie. La regola a tal riguardo è nel nostro articolo e non già nel 2135. Applicazioni.
IV. Delle restrizioni, dell' estinzione o della perdita dell'ipoteca in talune particolari situazioni 1° del caso in cui, dopo liquidazione, il marito rimane in possesso della dote e delle riprese della moglie
V. 2° Del caso di fallimento del marito: legge del 28 maggio 1838.
VI. 3° Delle surrogazioni o rinunzie all' ipoteca legale della moglie — Esposizione della giurisprudenza che si è formata su questo punto sotto il Codice Napoleone.—Innovazioni introdotte a tal riguardo dalla legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione.

(1) Qui non parliamo che della regola stessa dell' ipoteca legale. Gli attacchi sono stati ben altrimenti vivi sui punti di dettaglio e segnatamente sulla dispensa da iscrizione di cui godono, se non le tre ipoteche legali suindicate, almeno quella della moglie e quella dei minori ed interdetti. Ma non vogliamo anticipar le cose: la nostra valutazione a tal riguardo troverà meglio il suo posto nel comentario degli art. 2134 e segg. che concernono *la pubblicità delle ipoteche.*

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

VII. *Dell'ipoteca legale dei minori ed interdetti.* — Quali funzioni riuniscono i caratteri di una vera tutela e per conseguenza traggono seco ipoteca a pro del minore o dell' interdetto; discussione.— Quali crediti sono garentiti dall'ipoteca legale.

VIII *Dell'ipoteca legale dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici.* — Essa è accordata dalla legge contro i *ricevitori e gli amministratori contabili*.—Quali agenti debbonsi considerare come compresi in queste qualifiche.

I. — 424. L'ipoteca legale è stata definita dall'art. 2117. La legge ci dice ora quali sono i crediti a cui è attribuita questa sicurezza. Ai termini del nostro articolo sono i dritti e crediti delle donne maritate rispetto ai loro mariti, quelli dei minori ed interdetti verso i loro tutori, quelli dello Stato, dei comuni o degli stabilimenti pubblici verso i ricevitori ed amministratori contabili.

Si à l'abitudine di aggiungere a questa enumerazione del nostro articolo altri crediti ancora di cui esso non parla; tali sono segnatamente il credito dei legatarii verso gli eredi o altri debitori del legato, che detengono immobili della successione (Cod. Nap. art. 1017); quello dei creditori privilegiati, il cui privilegio degenera in ipoteca nel caso preveduto dall' art. 2113 (*ved. supra*, n. 307) e quello della massa di un fallimento, a nome della quale i sindaci debbono, ai termini dell' articolo 490, Cod. di Comm. prendere iscrizione sui mobili appartenenti al fallito e di cui conoscono l'esistenza. Nonpertanto faremo notare che, almeno sotto il rapporto della garenzia stessa, della sua estensione, delle condizioni di esistenza, l'ipoteca attribuita a questi ultimi crediti è essenzialmente diversa da quella che si rannoda ai dritti e crediti enumerati nel nostro articolo. Senza dubbio esse ben ànno ciò di comune con queste, che non potendo prodursi in forza di una convenzione o di una decisione giudiziaria, esse procedono dalla legge in modo diretto, ed in questo senso ben sono ipoteche legali, se si vuole. Ma il favor della legge, in quanto alle garenzie o alle sicurezze che, nel linguaggio abituale, si designano con la qualifica di ipoteche legali, non si limita a ciò; per eccezione alla regola della specialità si spinge sino ad estendere la ipoteca legale sulla generalità degl' immobili del debitore (art. 2122, e supra, n. 323) ed in oltre per eccezione al principio della pubblicità, sino a mantenere l' ipoteca legale, almeno quella delle donne maritate e quella dei minori ed interdetti, indipendentemente da ogni iscrizione. (Ved. art. 2135, *infra*). Or niuna delle ipoteche, di che è quistione agli art. 1017 e 2123 Cod. Nap. ed all' art. 490 Cod. di commercio, gode di simili vantaggi; tutte affettano specialmente taluni determinati immobili; tutte sono condannate a perire se non sono iscritte; esse sono dunque sotto tal rapporto profondamente distinte dalle ipoteche legali propriamente dette, da quelle che si è solito di designare sotto tale qualifica. Queste ultime a dir vero altro non sono che quelle di cui è cenno nel nostro articolo.

Lasciando dunque da banda i crediti di cui è parola negli art. 1017 e 2113, Cod. Nap. e all' art. 490 Cod. Comm. noi diremo che i diritti e crediti, ai quali è attribuita l' ipoteca legale propriamente detta sono, come esprime il nostro articolo, quelli delle donne maritate sui beni del loro marito; quelli dei minori ed interdetti sui beni del loro tutore; e quelli dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sui beni dei ricevitori ed amministratori contabili. Sono questi i soli dritti e crediti di cui dobbiam trattare nel comentario del nostro articolo.

425. Del resto, di questo importante subbietto non prenderemo che la parte in cui si rinchiude questo stesso articolo. Nel suo insieme la teoria dell' ipoteca legale abbraccia necessarismente diversi punti; evvi a determinare le cause che danno origine all' ipoteca; il momento preciso in cui comincia ad esistere; le persone alle quali è accordata; i dritti e crediti che garentisce; i beni che affetta, ec. Or questi diversi punti sono distintamente regolati dalle disposizioni disseminate nel nostro titolo; così la data dell' ipoteca legale è fissata all' art. 2135; la estensione di essa è determinata dall' art. 2122, salvo le modifiche e restrizioni possibili in taluni casi preveduti agli art. 2140 e segg., e 2161 e segg. Sotto questi diversi articoli adunque saranno naturalmente allogate le osservazioni alle quali danno luogo queste particolarità dell' ipoteca legale. In quanto al nostro articolo esso concerne soltanto il principio stesso dell' ipoteca legale; nè il nostro comentario andrà oltre. Epperò, riprendendo successivamente i tre casi d' ipoteca legale su indicati, preciseremo per ciascuno di essi la causa stessa dell' ipoteca, la persona alla quale è attribuita l' ipoteca, e il dritto o il credito che garentisce.

II.—426. *Dell' ipoteca legale delle donne maritate.* — Le sicurezze che la legge conferisce alla moglie a causa dei suoi beni rispetto al marito traggono la loro origine dal dritto romano. Esse furono in pria molto ristrette; ma finirono per prendere proporzioni più che esagerate. Così in origine, la moglie non ebbe neppure una ipoteca; ottenne soltanto dalla

egge un privilegio (1), e come abbiam già detto, in dritto romano il privilegio non essendo quel dritto assoluto di preferenza che è stato consacrato dalla nostra legge francese, quel dritto che primeggia quello di tutti gli altri creditori anche ipotecarii; era un dritto puramente personale e per consegnenza dava preferenza soltanto rispetto ai creditori chirografarii (*ved. supra*, n. 25). Ma questa garenzia in origine sì debole e sì manifestamente insufficiente divenne in seguito veramente eccessiva. Giustiniano che in ciò specialmente giostificò il soprannome di *uxorius legislator*, finì col farne la più esorbitante prerogativa. Il privilegio fu trasformato in una tacita ipoteca, che in pria ebbe per oggetto di assicurare la restituzione della dote (*L. unic. de rei uxor. act.*), la cui garenzia fu dappoi estesa a tutti i crediti della moglie (*L. 11, C: de pact. conv. ecc.*) e che per effetto della legge *Assiduis*, sì universalmente e sì giustamente censurata finì per assicurare il ricupero della dote in preferenza ai creditori ipotecarii del marito (L. 12, C *Qui pot. in pign.*; Inst. *De act.* § 29, nov. 97, C. 2).

La nostra antica giurisprudenza francese si è inspirata a queste disposizioni del diritto romano, consacrando eziandio in favore della donna maritata l'ipoteca tacita che dovunque o quasi dovunque (2) fu attribuita ai suoi crediti contro suo marito. Ma l'ipoteca tacita non s'introdusse che salvo talune modifiche, richieste, talune dalle regole generali del dritto in materia ipotecaria, le altre dal bisogno di rinserrare le garenzie dovute alla donna maritata nei limiti della giustizia, sì apertamente oltrepassati da Giustiniano.

Così da una banda la donna, nel maritarsi, acquistava sempre una ipoteca sui beni di suo marito; ma questa ipoteca non era necessariamente l'ipoteca *tacita* o legale di cui qui ci occupiamo. Siffatta ipoteca che, nei principii del dritto comune, era attribuita alla moglie in modo generale, vuoi che la ricezione della dote fosse stata constatata per iscritto, vuoi che la dote si fosse data o promessa senza scritto (*L. unic. De uxor. act.*, § 1) non acquistavasi dalla moglie, nel nostro antico dritto consuetudinario, che quando essa maritavasi senza contratto, o meglio, senza che un atto *innanzi notaio* constatasse le condizioni civili del matrimonio. Era questa una conseguenza necessaria dei nostri antichi principii in quanto concerne la creazione dell'ipoteca. Ben diversa dal nostro dritto attuale come vedremo agli articoli 2127 e 2129, l'antica giurisprudenza aveva ammesso che gli atti ricevuti da un notaio competente e rivestiti di tutte le forme che loro erano proprie, producevano un' ipoteca su tutti i beni presenti e futuri delle persone che vi erano state parti per tutto lo obbligazioni che vi avevano contratte, e questi atti producevano ipoteca generale, non solo quando eravisi espressamente stipulata; ma quand'anco non ve ne fosse alcuna menzione, essendovi sempre sottointesa la condizione d'ipoteca (3). Di ciò necessariamente si deduceva che, allorquando la celebrazione del matrimonio era accompagnata da un atto innanzi notaio constatante le condizioni civili del matrimonio, la moglie otteneva da quest'atto stesso l'ipoteca di cui aveva d' uopo per la garenzia dei suoi dritti o crediti contra suo marito; di tal che venendo in suo aiuto i principii generali, le regole speciali all'ipoteca tacita più non dovevano essere applicate. Dal che si vede che l'ipoteca tacita o legale a pro della moglie non aveva realmente ragion di essere che quando il matrimonio aveva luogo senza un contratto suscettibile di produrre una ipoteca nei termini del dritto comune. E ciò indica sufficientemente il Pothier quando dice: « La legge sola in taluni casi dà una ipoteca al creditore sui beni del debitore; *tutto che l'obbligazione del debitore non sia stipulata con atto innanzi notaio*, nè sia intervenuta alcuna sentenza di condanna contro di lui. Questa ipoteca è chiamata *tacita, perchè la sola legge la produce senza alcun titolo*. Tale è la ipoteca che la legge accorda alla moglie sui beni di suo marito dal giorno della celebrazione del matrimonio, per la restituzione della sua dote, ALLORAQUANDO NON V' È STATO CONTRATTO (4). »

Da altra banda ed indipendentemente da questa modifica alla regola del dritto romano la quale, come più tardi si vedrà, ha la sua importanza sotto il punto di vista del rango e della data da darsi alla ipoteca legale della moglie, l'antica giurisprudenza francese no aveva ammessa un'altra consistente in ciò, che dovunque tranne l'ambito del parlamento

(1) « Si sponsa dotem dederit, nec nupserit; vel » minor duodecim annis, ut uxor habeatur: exemplo » dotis, conditioni, favoris ratione, privilegium quod » inter personales actiones vertitur, tribui placuit. » (L. 74, ff De jure dotium.)

(2) Diciamo quasi dovunque perchè è uopo eccettuare talune provincie nelle quali la regola generale fu di non ammettere ipoteche tacite salvo il privilegio del principe. Ved. a tal uopo il Rep. del Merlin (v. Pegno. § 2, art. 5, n. 3).

(3) Ved. Pothier (Ipoteche, n. 10).

(4) Ved. Pothier (loc. cit., n. 26, ed Introd. alla Cous. d'Orleans, tit. 20, n. 18).

di Tolosa (1), l'ipoteca attribuita alla moglie vuoi per causa del suo contratto di matrimonio, vuoi dalla legge sola, quando non eravi stato contratto, era pura dal vizio di retroattività che le aveva impresso la legge *Assiduis*: l'ipoteca non si stabiliva a pro della moglie che sotto la riserva dei dritti acquistati anteriormente dai creditori ipotecarii di suo marito.

Il nostro dritto moderno ha seguito questi dati combinandoli altresì coi nuovi principii sui quali ha edificato il regime ipotecario. A dir vero l'ipoteca legale per un certo tempo sparì dalla legislazione: e di fermo la legge del 9 messidoro anno 3° aveva detto nel suo art. 17: « *Niuna obbligazione o titolo di credito* può conferire ipoteca se non è fatta con atto pubblico della giurisdizione volontaria o contenziosa, o se essendo in iscrittura privata, non sia stata riconosciuta da atto o da sentenza pubblica: *in conseguenza, più non v' e ipoteca tacita.* » Ma questo tempo è stato di breve durata, e dopo questa legge di cui per altro le disposizioni fondamentali non furono giammai poste in esecuzione, la legge del dì 11 brumaio anno 7°, si è rannodata alle tradizioni ristabilendo la ipoteche legali. Essa ha detto in tesi generale che l' ipoteca esisterebbe « pei crediti ai quali *la legge dà il dritto ipotecario* (art. 3); » e poscia in particolare « *in quanto alle ipoteche che le mogli àn dritto di esercitare sui beni dei loro mariti* » essa ha detto che queste ipoteche colpirebbero tutti i beni in atto appartenenti al debitore e che potrebbero colpire i beni che lor ricadranno o che acquisteranno in seguito (art. 4). Soltanto siccome questa legge faceva della pubblicità degli oneri ipotecarii la regola generale ed assoluta, essa volle che l'ipoteca legale come tutte le altre non avesse effetto che mercè la iscrizione. Con ciò rigettò eziandio, al pari della nostra antica giurisprudenza, ma virtualmente, le prerogative sì esagerate che la legge *Assiduis* rannodava alla ipoteca tacita delle mogli; e nel tempo stesso si allontanò da quell'antica giurisprudenza, in quanto che volle che la ipoteca della moglie, invece di rannodarsi al fatto del matrimonio o ad un atto notarile constatante le convenzioni civili dei conjugi, più non esistesse che a patto di rendersi pubblica mercè una iscrizione ed esistesse soltanto alla data di questa iscrizione.

Il Codice Napoleone che si è dappoi sostituito alla legge dell' anno 7° à anch' esso seguita la tradizione che ha continuata mantenendo in massima l'ipoteca legale della donna maritata. Ma su quali punti di dettaglio si è conformato a questa tradizione? Su quali punti se ne è allontanato? Ciò vedremo nel comentario tanto del nostro articolo, quanto degli articoli 2122 e 2135.

427. Ed in pria l'ipoteca legale della moglie, giusta le regole del Codice Napoleone, si rannoda invariabilmente al fatto del matrimonio; basta che il matrimonio esista perchè l' ipoteca legale della moglie ne risulti necessariamente. È uopo per altro, ben inteso, che il fatto sia riconosciuto e consacrato dal dritto; in altri termini è uopo che il matrimonio sia valido, o almeno suscettibile di produrre i suoi effetti civili in favor della moglie. Evidentemente se il matrimonio fosse nullo ed inoltre se la moglie, nel maritarsi, non fosse stata in quelle condizioni di buona fede che, per applicazione dell'art. 202 Codice Napoleone, faranno produrre a questo matrimonio, quantunque nullo, tutti gli effetti civili in suo favore, l'ipoteca legale non potrebbe risultarne ad alcun titolo, come non potrebbesene far derivare alcun altro dritto civile. In questo senso soltanto è vero il dire che, nelle regole del Codice Napoleone, l'ipoteca legale della moglie *rannodosi al fatto del matrimonio.*

428. E poichè l' ipoteca si rannoda al fatto del matrimonio, più non si può far distinzione, come sotto la nostra antica giurisprudenza, tra il caso in cui il matrimonio è stato preceduto da un atto che ne ha regolate le condizioni civili o quello in cui il matrimonio ha avuto luogo senza contratto. Il fatto del matrimonio crea la posizione a ragion della quale la moglie ha d' uopo, rispetto al marito, di garantie speciali che non è ordinariamente in grado di assicurarsi da sè stessa; e siccome l' atto notarile, come vedremo nello spiegare gli articoli 2127 e 2129 più non produce oggidì l' ipoteca, indipendentemente da qualunque stipulazione, ne segue che la ipoteca legale ha la sua ragione di essere nel caso in cui la celebrazione del matrimonio è stata preceduta da un atto civile, non meno che nel caso in cui i coniugi si son maritati senza contratto.

429. Se vi è stato contratto constatante le condizioni civili del matrimonio, l'ipoteca deriva dal matrimonio, quali che sieno le stipulazioni contenute nel contratto. Maritata in comunione o sotto il regime dotale, la moglie ha dritto all' ipoteca; fosse anco maritata con separazione di beni, non vi avrebbe meno di-

(1) E non già nell' ambito di Parigi, come a torto ha detto il Persil nel suo comentario dell' art. 2121 (n. 2, in nota).

gitto. La contraria pretensione, portata innanzi la Corte di Colmar, vi è stata giustamente respinta (1).

430. A quella guisa che l'ipoteca, allora quando vi è stato contratto, risulta dal fatto del matrimonio, senza che debbasi tener conto delle convenzioni constatate; alla guisa stessa, se siavi stato o pur no contratto, essa si rannada al fatto del matrimonio, senza che debbasi tener conto delle circostanze in cui il matrimonio è stato celebrato. Su taluni punti ciò si è messo in contestazione; si è parlato contro la soluzione, segnatamente nel caso di un matrimonio celebrato nei dieci giorni precedenti al fallimento del marito, e la si contesta anche oggidì e molto gravemente nel caso di un matrimonio contratto in paese straniero. Non pertanto è nostro parere che in entrambi i casi l'ipoteca legale risulta, a pro della moglie, dal fatto del suo matrimonio.

431. Ed in pria, quanto al primo caso, quello del matrimonio celebrato nei dieci giorni che àn preceduto il fallimento del marito, la nostra soluzione è ormai al coverto da qualunque controversia. L'art. 443, Cod. di Comm., come era stato redatto prima della legge del 28 maggio 1838, modificativa del titolo dei fallimenti, poteva a rigore lasciar qualche dubbio su di ciò. Questo articolo esprimeva che a niuno *può acquistar* privilegio nè ipoteca sui beni del fallito nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento »; ed in vista di questo articolo taluni autori avevano creduto poter sostenere che, essendo il matrimonio il risultato di un fatto volontario, era vero il dire che la moglie *avrebbe acquistato* una ipoteca contro il divieto della legge, se essa le si fosse accordata come effetto di un matrimonio, il quale non avesse preceduto di più di dieci giorni la data alla quale si fosse fissata l'apertura del fallimento (2). Si era questa, fa d'uopo riconoscerlo, anche sotto l'antica legge dei fallimenti, una induzione desunta a stento dal testo. Gli è evidente che ciò che l'art. 443 vietava, non era già il *fatto volontario*, anche quando potesse risultarne una ipoteca, ma il fatto avente *per oggetto diretto l'acquisto della ipoteca*. E non si esageravan forse le cose considerando la celebrazione del matrimonio a livello di un fatto di simile natura? Che l'ipoteca fosse, come lo è sempre, una conseguenza del matrimonio, ciò è evidente, ma che il matrimonio fosse celebrato in vista di questa ipoteca, ecco quel che non potevasi ragionevolmente supporre; e bastava perchè la formola proibitiva « niuno può acquistare » non dovesse opporsi alla moglie la quale, nel maritarsi, riceveva una ipoteca dal favor della legge. Per altro tale era l'opinione dominante(3). Checchè ne sia, ciò non può mettersi in quistione in presenza delle modifiche fatte alle disposizioni dell'antico Codice di Commercio dalla legge del 28 maggio 1838 sui fallimenti. L'art. 446, nel quale è oggidì compreso l'antico art. 443, dice tra l'altro: « Sono nulli e senza effetto, relativamente alla massa, allorchè saranno stati fatti dal debitore dopo l'epoca determinata dal tribunale come cessazione dei suoi pagamenti, o nei dieci giorni che avran preceduto quest'epoca.... qualunque ipoteca *convenzionale o giudiziaria* e tutti i dritti di anticresi o di pegno, costituiti sui beni del debitore per debiti anteriormente contratti. » Con ciò trovasi legislativamente consacrata la opinione già prevaluta sotto l'antica legge; chè, dal momento in cui il testo precisa nettamente e si limita a dichiarar nulle soltanto le ipoteche *convenzionali* e *giudiziarie* costituite dopo la cessazione dei pagamenti, o nei dieci giorni precedenti *per debiti anteriormente contratti*, pone appunto con ciò l'ipoteca *legale* nella eccezione e riconosce che il fallimento del marito può avvenire ne'dieci giorni dalla celebrazione del matrimonio, senza che la ipoteca, dalla legge attribuita alla moglie, cessi di essere una conseguenza, un effetto civile del matrimonio.

Ciò non mena a dire che, sotto taluni rapporti, il fallimento del marito non debba far subire all'ipoteca della moglie notevolissime restrizioni; ma questo non riguarda la soluzione che ne occupa, vi ritorneremo tra breve (*ved.* n. 442 e segg. e il comentario dell'artic. 2172); e per ora dobbiamo soltanto precisare che, sul primo dei due casi indicati, le ipoteche *convenzionali* e *giudiziarie* solamente essendo dichiarate nulle e di niun effetto dalla legge commerciale, quando sono costituite o acquistate dopo la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni precedenti, l'ipoteca *legale* rimane nei termini del dritto comune.

432. Il secondo caso, quello di un matrimonio contratto in paese straniero, può presentare difficoltà ben altrimenti serie. Non pertanto àvvi, anche in questo caso, delle situazioni che è uopo ormai considerare come diffi-

(1) Colmar, 19 agosto 1831.
(2) Ved. Pardessus (n. 1135), Dalloz (Rep., v. Ip. e Priv., c. 2, sez. 5, art. 2, n. 5).
(3) Sic, Grenoble, 8 luglio 1822. — Ved. pure Zachariae (t. II, p. 126 a nota 19), Troplong (n. 655). Valette (n. 138, in fine). — Il Martou non si pronunzia in senso contrario se non perchè l'ipoteca legale più non esiste per sola volontà della legge, essendo sottoposta alla pubblicità come condizione di esistenza (V. 1015 bis).

ni tivamente regolate, e sulle quali più non potrebbonsi stabilire controversie.

Così, supponiamo un matrimonio celebrato all' estero tra Francesi, o anche tra un Francese ed una straniera (il che vale lo stesso, poichè la moglie straniera acquista la qualità di Francese col suo matrimonio con un francese), in questo caso, la quistione di sapere se il matrimonio produce o pur no ipoteca legale a pro della moglie, non può neppur proporsi. Poichè nelle regole della legge francese, l' ipoteca legale è un effetto civile, una conseguenza necessaria del matrimonio; poco monta che questo matrimonio, dacchè ne è certa ed incontestata l' esistenza, abbia avuto luogo in Francia o in paese straniero. In diffinitiva, sono Francesi quelli che si son maritati; la moglie potrà dunque invocare il benefizio della legge francese in quanto agli effetti del matrimonio, e quindi circa alla sua ipoteca legale che è appunto uno dei suoi effetti. Il ripetiamo, ciò non può mettersi in quistione, nè vi si è mai posto.

Ciò che in questa situazione ha fatto sorgere qualche dubbio si è di sapere se, di per sè stessa l'ipoteca produce i suoi effetti in Francia rispetto ai terzi ed indipendentemente dalla trascrizione in Francia dell' atto di matrimonio prescritta dall' articolo 171 Cod. Nap. per questo caso di matrimonio contratto da un Francese all' estero. Su questo punto la Corte di cassazione erasi dapprìa pronunziata per la negativa; essa aveva deciso, rigettando un ricorso, prodotto contro un arresto della Corte di Mompellieri, che la donna straniera maritata in paese straniero con un Francese, tutto che abbia una ipoteca legale sugl' immobili di suo marito situati in Francia, per sicurezza della sua dote, non può nonpertanto esercitare la sua ipoteca contro i terzi che quando l' atto di matrimonio è stato trascritto in Francia in conformità delle disposizioni dell' art. 171 Cod. Nap. (1). Ciò nondimeno la Corte di Cassazione non à persistito; e quando la quistione fu di bel nuovo ad essa sottoposta, ha giudicato al contrario che la disposizione dell' art. 171 è puramente regolamentaria e che anche quando essa non si è osservata, la donna maritata all' estero con un Francese può esercitare l' ipoteca legale risultante dal suo matrimonio (2). A quest'ultimo partito si sono appigliati e la giurisprudenza e gli autori; essi àn considerato che l'art. 171 prescrivendo una misura il cui carattere è essenzialmente regolamentario, non istabilisce sanzione e segnatamente non pronunzia nè nullità nè decadenza; che l' ipoteca legale essendo inerente al fatto solo del matrimonio, fa d'uopo, finchè non si annulli il matrimonio, rispettare, sotto pena di contraddizione, l' ipoteca che ne è la conseguenza, e che far dipendere l' ipoteca legale dall' adempimento della formalità prescritta dall' art. 171, sarebbe lo stesso che rimettere alla discrezione del marito una garenzia che è diretta precisamente contro di lui e per conseguenza rendere illusorio per la moglie il benefizio dell' ipoteca legale (3). Tutto ciò ci sembra decisivo; è mestieri non esitare ad ammettere una soluzione, che si poggia su così serie considerazioni.

433. Ma un' altra ipotesi, davvero delicata, può prodursi in questo caso di matrimonio contratto all' estero; può avvenire che uno straniero che si mariti nel suo paese vuoi con una straniera, vuoi anche con una Francese (il che non cambia la situazione, poichè la moglie francese perde la sua qualità di Francese col suo matrimonio con uno straniero) possegga immobili in Francia. L' ipoteca legale che la legge fa risultare dal solo fatto del matrimonio dovrà forse attribuirsi alla moglie in tal caso? E potrà la moglie esercitar questa ipoteca sogl' immobili situati in Francia contro i terzi che vi avessero acquistato dritti? In questo punto la dottrina e la giurisprudenza offrono notevoli divergenze e svariatissimi sistemi.

Due opinioni si presentano in pria. Da una banda si è sostenuto non esservi differenza, in quanto all' ipoteca, tra il Francese e lo straniero che posseggono immobili in Francia, ed in conseguenza che la moglie dello straniero può revindicare, per l' esercizio della sua ipoteca legale sugl' immobili appartenenti a suo marito straniero, il benefizio della legge francese (4). Da un' altra banda si è detto per lo contrario, ed è l' opinione che ha prevaluto lunga pezza in dottrina ed in giurisprudenza

(1) Rig., 6 genn. 1821. — Ved. pure Duranton (t. XX, n. 21), Zachariae (t. II, p. 125, not. 15).—Si cita nello stesso senso un arresto della Corte di Mompellieri del 3 giugno 1830. Non pertanto è uopo notare che nella specie la moglie era divorziata, ed aveva fatto trascrivere il suo atto di divorzio sui registri dello stato civile in Francia. Ciò fu ritenuto dall'arresto come equivalente della misura prescritta dallo art. 171, Cod. Nap.

(2) Rig., 23 nov. 1840 (Dev., 40, 1, 929; J.P.1840, t. II, p. 614).

(3) Sono i termini di un arresto della Corte di Douai del 25 agosto 1851 (J.-P., 1852, t. II, p.451).—*Junge:* Bordeaux, 31 agosto 1837.—Ved. pure Battur (n.304) Dalloz (p. 123, n. 3), Tessier (t. II, n. 123), Troplong (n. 513 bis).

(4) Ved. in questo senso, Grenoble, 19 giugno 1849 (J. P., 1850, t. II, p. 255). Ved. pure Merlin (Rep., v Reimpiego, § 2. n. 9), Troplong (n. 429 e 515 ter) —Il Tessier ammette ugualmente l' ipoteca, ma solo nel caso in cui il matrimonio della donna straniera abbia avuto luogo in Francia (Della dote, t.II, n.135).

che debbesi ricusare l'ipoteca legale alla moglie straniera, perchè l'ipoteca è una concessione del dritto civile, la quale non è stata introdotta che in favore dei regnicoli e per conseguenza non può profittare alle mogli straniere, a pro delle quali la legge civile non à potuto disporre (1).

In seguito, altri due sistemi si sono introdotti, entrambi intermedii. Giusta il primo, i matrimonii stipulati all'estero e sotto l'impero di una legge straniera, dovran produrre, anche in Francia, tutti gli effetti che lor sono attribuiti dalla legge straniera, allorchè per altro questi effetti non sono contrarii all'ordine pubblico stabilito in Francia: dal che seguirebbe che la moglie straniera a cui la sua legge nazionale accorda una ipoteca sui beni di suo marito potrebbe esercitare questa ipoteca anche sugl'immobili situati in Francia; ed al contrario la moglie straniera non avrebbe alcun diritto ad esercitare sugl'immobili di suo marito situati in Francia, se la sua legge nazionale non consacri in suo favore la garentia dell'ipoteca (2). Il secondo sistema intermedio deriva dalla regola di reciprocanza consacrata dall'artic. 11 Cod. Nap. ed in conseguenza, vuol dire che il matrimonio contratto all'estero tra due stranieri non conferisce alla moglie una ipoteca legale sui beni di suo marito situati in Francia che sol quando un trattato diplomatico tra la Francia ed il paese al quale i conjugi appartengono accordi alla moglie francese una ipoteca sui beni di suo marito situati in tal paese. Anche verso quest'ultimo sistema tendono gli ultimi dati della giurisprudenza. È stato consacrato, come principio, da un recente arresto della Corte di Metz (3) ed à ricevuto la sua applicazione in due arresti anche più recenti della Corte di Grenoble, giusta i quali la moglie Sarda, maritata in Sardegna ha, in virtù del trattato intervenuto il 24 marzo 1760 tra il Re di Francia e quello di Sardegna, una ipoteca legale sugl'immobili che suo marito Sardo possiede in Francia per sicurezza delle sue riprese e dei suoi crediti matrimoniali (4).

In quanto a noi, siamo stati di avviso che tra queste quattro opinioni, la prima soltanto è vera (5). Dopo un novello esame della quistione, la nostra opinione rimane la stessa; persistiamo a credere che, quando il matrimonio, il quale è il fatto da cui deriva l'ipoteca legale, ha acquistato in Francia, tutto che contratto all'estero, una completa notorietà, questa sicurezza dell'ipoteca legale debba risultarne come se il matrimonio si fosse contratto in Francia e tra francesi. In pria, come abbiam detto, la moglie straniera è al pari della moglie francese rispetto a suo marito nelle condizioni di dipendenza che sono la ragione stessa dell'ipoteca legale, e sotto questo rapporto già non si vede perchè la legge francese negherebbe la sua protezione alla moglie straniera, il cui marito possiede immobili in Francia, ed in quale spirito di ostilità e di egoismo interdirebbe a costei il dritto di agire su tali immobili per la riparazione del danno che avesse potuto arrecarle l'amministrazione maritale che il suo stato di sottomissione non le ha permesso di controllare. In seguito, ed in dritto, la pretesa della moglie straniera non vien forse difesa da ragionevoli motivi? In diffinitiva, è regola del nostro dritto pubblico che gl'immobili situati in Francia, anche quelli posseduti da stranieri, sono regolati dalla legge francese (Codice Napoleone art. 3); essi sono dunque sottoposti a tutti gli oneri che la legge francese fa gravare su di essi; or l'ipoteca che la legge stabilisce in favore della moglie e ch'essa rannoda al solo fatto del matrimonio, è appunto uno di questi oneri. Perchè dunque gl'immobili che uno straniero possiede in Francia ne sarebbero liberi in pregiudizio della moglie straniera? Si dirà forse che l'ipoteca essendo un effetto del dritto civile, non protegga che i regnicoli? Sarebbe un errore evidente; chè se le formalità richieste per la iscrizione utile delle ipoteche, se il modo da acquirsi per l'esercizio del diritto, sono una creazione del dritto civile, non pertanto niuno si è avvisato di contestare agli stranieri nè il dritto all'ipoteca convenzionale, nè il dritto alla ipoteca giudiziaria. In tal caso è uopo attenersi al principio stesso dell'ipoteca, a quel principio di eterna giustizia, giusta il quale ognuno è tenuto di adempiere ai suoi obblighi sui

(1) Sic. Liegi, 16 maggio 1823; Bordeaux, 17 marzo 1834; Amiens, 18 agosto 1831, Douai, 24 luglio 1844; Bordeaux, 14 giugno 1845; Rennes, 30 agosto 1845 (J. P., 1844, t. II, p. 491; 1845, t. II, p. 411; 1846, t. II, p. 176). — Ved. pure Grenier (n. 246 e 247), Durantou, (t. XIX, n. 292), Battur (t. II, n. 334), Zachariae e i suoi annotatori Aubry e Rau (t. II, p. 125, e nota 13), Massè (Dritto comm., t. II, n. 332), Gaudry (Riv. di legisl., t. II, p. 300 e segg.). Foelix (Riv. stran. e franc., t. IX, p. 25, e Tr. di dr. intern. priv., t. I, p. 136).

(2) Ved. Parigi, 19 agosto 1851 (J. P., 1852, t. II, p. 452). Ved. pure Cubain (Dr. delle mogli, n. 679). Rapetti (Cond. degli str., p. 121), Valette (n. 139, p. 267 e segg.), Demangeat (Cond. civ. degli str. in Fr., p. 380, n. 82, e note sul Dr. int. del Foelix, t. I, p. 136, nota a).

(3) Metz, 6 luglio 1853 (J. P., 1855, t. I, p. 525).

(4) Grenoble, 20 marzo e 27 agosto 1855 (J. P., 1856, t. II, p. 618).

(5) Ved. il trattato del Contratto di Matrimonio da noi pubblicato in collaborazione col Rodière, t. I, n. 171).

suoi beni, e nell'ipoteca degl'immobili vedesi qualche cosa che, al pari delle convenzioni, concerne il dritto delle genti e le sicurezze promesse sugl'immobili situati in Francia, a coloro che, (stranieri o regnicoli, poichè niun testo fa distinzione), si troveranno nelle condizioni che fanno acquistar l'ipoteca in Francia; or è uopo certamente dire dell' ipoteca legale lo stesso che dell' ipoteca giudiziaria e convenzionale, poichè essa esiste sui beni dell' obbligato per la sola forza della legge francese e pel solo fatto della qualità di tutore o di marito che appartengono a questo obbligato, la quale certamente è del dritto delle genti, como i beni di Francia sono affetti a causa di questa qualità dalla legge civile francese. Quindi se uno straniero che possiede immobili in Francia sia investito di una di queste qualità di marito o di tutore, ben è uopo che questi immobili, poichè non possono possedersi dallo straniero che sotto la condizione *sine qua non* di essere regolati dalla legge francese, subiscano l' applicazione delle disposizioni della legge francese che assicura alla moglie ed ai minori una ipoteca sugl'immobili del loro debitore, al momento stesso dell'acquisto.

Che ci sia dunque permesso di mantener qui l'opinione già da noi sostenuta e di essere autorizzati a ripetere, terminando le nostre osservazioni sulla causa dell'ipoteca, quanto abbiam detto al punto di partenza, cioè; che l'ipoteca legale risulta a pro della moglie, pel solo fatto del matrimonio, senza che debbasi tener conto delle circostanze nelle quali si è contratto il matrimonio.

III. — 434. Dopo queste spiegazioni sul principio stesso dell' ipoteca attribuita alla moglie, dobbiamo indicare i dritti che questa ipoteca ha per oggetto di garentire.

La regola a tal riguardo è fermata altresì nel nostro articolo, il quale senza nulla precisare, nè enumerare, dispone nel modo più generale che l'ipoteca legale è attribuita *ai dritti e crediti* delle donne maritate sui beni del loro marito. Ben troveremo in seguito una enumerazione nell'art. 2135, che ci parla della dote delle mogli e delle loro convenzioni matrimoniali, delle somme dotali provvenienti da successioni ricadute o da donazioni fatte durante il matrimonio, di indennità di debiti contratti dalla moglie con suo marito, e del rinvestimento dei beni proprii alienati; ma non bisognerebbe dire, come si è preteso talvulta, che tali o tali altri crediti, perchè non sono compresi nella enumerazione, sono privi dell'ipoteca legale; si verrebbe con ciò a sconoscere la portata del nostro articolo e prendere abbaglio sull'obbietto preciso dell' art. 2135. Senza anticipare sulle osservazioni che troveranno il loro posto nella quarta sezione di questo capitolo, è utile far osservare fin da ora che l'articolo 2135 à avuto per oggetto unicamente, come indica per altro il posto che occupa nel Codice, di fissare il rango di taluni crediti della moglie, o meglio di determinare l'epoca alla quale deve rimontare l' ipoteca legale attribuita a ciascuno di questi crediti. Nel primo pensiero dei redattori della legge, non doveva esservi sotto tal rapporto alcuna differenza a fare tra la dote, le convenzioni matrimoniali e le riprese della moglie; l'ipoteca legale a causa di tutti questi dritti, che abbracciano nel loro insieme le ripetizioni che la moglie può sperimentare contro suo marito, veniva presentata come quella che doveva rimontare ad un' epoca comune che era il giorno del matrimonio (1). Ma sembrò al Tribunato che sarebbevi stato un grande inconveniente a lasciar sussistere nel modo così indefinito, come faceva l'articolo del progetto, l'ipoteca legale delle mogli sui beni dei mariti. In conseguenza il Tribunato propose delle modifiche; ammise il giorno del matrimonio come punto di partenza dell' ipoteca per la dote e le convenzioni matrimoniali; ma in quanto alle riprese per altre cause, pensò ch'eravi luogo a stabilire talune distinzioni (2). Di qui l'enumerazione dell'art. 2135; ma da ciò ancora si scorge che l'obbietto di questo articolo è stato, non già di dare o di negare l' ipoteca al tale o tal altro credito, ma di fissare il rango dell'ipoteca per taluni crediti specialmente preveduti. Epperò l'art. 2135, potentissimo allorchè si tratta di assegnare il rango dell'ipoteca attribuita ai crediti che esso enumera, non debbesi prendere per regola, dacchè trattasi di pronunziarsi sull'esistenza stessa dell'ipoteca e sul dritto che la moglie può avere a pretendervi. Su quest'ultimo punto la regola, il ripetiamo, è esclusivamente nel nostro articolo. E siccome esso esprime nel modo più generale che l'ipoteca è attribuita ai dritti e crediti della moglie, ne segue che in tesi generale tutti i crediti che la moglie, nella sua qualità di sposa, può avere su suo marito sono garentiti dalla ipoteca legale, quali che sieno il titolo, la causa, l'origine di questi crediti, e sia che

(1) Ved. Fenet (t. XV, p. 163 e 401), Locrè t XVI p. 237).

(2) V. Fenet (ibid., p. 415), Locrè, ibid., p. 317).

entrino o pur no nella enumerazione dell'art. 2135. Tale è la regola; fa d' uopo seguirne le applicazioni.

435. In prima linea viene la *dote*, vale a dire il bene che, vuoi nel regime dotale, vuoi anche nel regime di comunione è dalla moglie recato al marito per sopportare i pesi del matrimonio (Codice Napoleone art. 1540): la dote segnatamente è garentita dall'ipoteca legale sotto qualunque regime la donna siasi maritata.

Non pertanto si è sostenuto, rispetto alla dote immobiliare della donna maritata sotto il regime dotale che, nel caso in cui fosse stata indebitamente alienata, la moglie non ha, a causa del pegno, una ipoteca legale sui beni di suo marito; essa ha soltanto l'azione rivocatoria accordata dall' artic. 1560 contro i terzi acquirenti (1). Ma questa teoria contro la quale è sorto il Rodière nel trattato del *contratto di matrimonio* da noi pubblicato con esso lui (2) è stata respinta dalla maggioranza degli autori e degli arresti (3). Noi qui non possiamo che associarci alle osservazioni del nostro collaboratore; allora quando la legge offre alla moglie, dopo lo scioglimento del matrimonio, due azioni per la alienazione indebitamente fatta del suo immobile dotale, l'una in risoluzione della vendita, l'altra in collocazione sui beni personali del marito, noi non vediamo perchè e sotto quale pretesto sarebbe interdetto alla moglie di ottare per quest'ultima: aggiungiamo per altro che la Corte di cassazione la quale è stata costantemente di questo avviso, consacrando di bel nuovo il sistema, viene ad estenderne l'applicazione al caso in cui il prezzo dei beni dotali indebitamente alienati fosse ancora dovuto (4); ed in fatti la conseguenza è necessaria; chè se la circostanza che il prezzo non è stato pagato dagli acquirenti potesse in ciò aver qualche influenza, dipenderebbe dal marito di paralizzare e di ridurre a zero i dritti della moglie, accordando termini agli acquirenti.

Ma ben si noti che la dote o il conferimento della moglie, vale a dire il bene che è posto nella casa con la destinazione di provvedere al bisogni di essa non è garentito dall'ipoteca legale che sol quando esso costituisce la moglie creditrice del marito. Allora soltanto èvvi tra il marito e la moglie l' opposizione d' interessi nella quale l'ipoteca legale attinge la sua ragione di essere. L'esistenza di un credito a pro della moglie è dunque la condizione necessaria della sua ipoteca; ciò mancando, l'ipoteca sarebbe senza causa e non potrebbesi concepire come i beni del marito potrebbero essere gravati.

Per esempio supponiamo che i conjugi sienal maritati sotto il regime della comunione; in questo caso il marito amministratore dei diversi patrimonii che il regime della comunione pone in suo potere, amministra per conto della moglie soltanto i valori che, sebbene apportati da lei, le rimangono proprii; amministra per la comunione e nell'interesse comune, quelli che dal canto della moglie entrano nell'attivo della società conjugale e ne fanno parte per essere divisi allo scioglimento della comunione. Così essendo, la moglie non può essere creditrice di suo marito che a causa dei conferimenti della prima categoria; in quanto a quelli della seconda, sono assorbiti nel fondo comune e salvo il dritto che avrà la moglie di prendervi la sua parte, allo scioglimento, se lo stato prospero della comunione la determina ad ottare per l'accettazione, nulla ha a pretendere. Se dunque può esserle attribuita una ipoteca a causa dei suoi conferimenti, ciò non può essere che a causa dei primi che rimangono proprii; in quanto agli altri, siccome non possono prelevarsi a titolo di riprese, l'ipoteca legale non li covre: ed in caso di divisione della comunione, i dritti della moglie sono specialmente regolati dagli articoli 1467 e 1476, Codice Napoleone, dai quali risulta che la moglie è assimilata per la conservazione della sua parte nella comunione ai coeredi o condividenti; essa ha dunque per garenzia di questa parte, non già una ipoteca legale nei termini dell'articolo 2121, una ipoteca dispensata da iscrizione; ma siccome si è veduto più sopra al num. 200, un privilegio di condividente ai termini dell'art. 2103 e la cui conservazione è per conseguenza subordinata ad una iscrizione fatta nei termini dell'art. 2109 (5).

(1) V. Grenoble, 8 marzo e 31 agosto 1827, 7 ap. 1840, Poitiers, 14 dicembre 1830; Montpellier. 7 nov. 1831; Caen, 11 nov. 1831 e 5 dic. 1836.— Ved. pure Grenier (t. 1, p. 260), Bellot (t. IV, p. 164), Taulier (t. V. p. 338), Serizial (Della Dote n. 194), Benoit (t. 1. n. 261).

(2) Ved. il nostro Trattato del Contratto di matrimonio (t. II, n. 586).

(3) Corte di cass., 24 lug. 1821, 27 lug. 1826, 28 nov. 1838, 3 magg. e 21 dic. 1853, 2 magg. 1855 (Dall., 53, 1, 107; 54, 1, 5; Dev., 55, 1, 420). Ved. pure Rouen, 28 mag. 1823; Aix, 1 feb. 1826; Bordeaux 28 mag. 1830; Pau, 31 dic. 1834, Grenoble, 16 agosto 1822 e 17 dic. 1835. *Junge*: Merlin, (Quest., v. Reimpiego. § 9), Troplong (n. 612 e segg.), Zachariae (t. III, p. 579), Tessier (t. II, p. 62), Coulon (t. II, p. 324).

(4) Questo arresto è del 2 mag. 1855, citato alla nota precedente (Dev., 55, 1. 420).

(5) Vedi Parigi, 3 dic. 1836 (Dev., 37, 2, 273). — Il ricorso prodotto contro questo arresto è stato respinto dalla Corte di cass. il 15 giugn. 1812 (Dev.,

436. Fa d'uopo collocare allo stesso rango della dote gl'interessi che ne sono l'accessorio; ciò non potrebbe formar difficoltà. Ma in quale misura gl'interessi sono assicurati con l'ipoteca? In una specie in cui è sorta tale quistione si è preteso esser d'uopo qui prendere a regola l'artic. 2151, giusta il quale il creditore iscritto per un capitale producente interesse o annualità, ha dritto di esser collocato per due annate soltanto e per l'annata corrente allo stesso rango d'ipoteca del suo capitale. (*Ved.* il nostro comentario di questo articolo). Ma la Corte di Bordeaux, innanzi la quale era sorta la pretesa, ha giustamente deciso, nel rigettarla, che la restrizione fatta dall'art. 2151, a proposito di un *credito iscritto*, non è applicabile alle ipoteche legali, che esistono indipendentemente da ogni iscrizione, e che gl'interessi della dote decorrendo di pieno dritto, al pari dei frutti, dal giorno dello scioglimento del matrimonio è giusto di attribuir loro como accessorii le medesime sicurezze della dote (1). La corte di cassazione à anzi esteso il benefizio dell'ipoteca legale agli alimenti che la moglie, ai termini dell'articolo 1570 può farsi somministrare, invece degl'interessi della dote, durante l'anno del lutto (2).

Del resto non si può dire dell'interesse degl'interessi quel che diciamo, con la giurisprudenza, degl'interessi ordinarii. Gli è ben certo che gl'interessi scaduti formano pel creditore un capitale che può produrre interessi, ma questo interesse dell'interesse non decorro di pieno dritto; la legge ci dice in fatti che gl'interessi scaduti dei capitali non possono produrre interesse che mercè una domanda giudiziaria o con una convenzione speciale, (Codice Napoleone art. 1154). Son queste le due sole eccezioni possibili, e non potrebbesene ammettere una terza in favore dei crediti il cui interesse decorre di pieno dritto; donde segue che, se l'ipoteca legale attribuita alla moglie garentisce con la dote gl'interessi di questa dote, essa non garentisce meno gl'interessi degl'interessi. La Corte di Riom si è pronunziata in questo senso, tra l'altro pel motivo che « se la domanda degl'interessi capitalizzati prende la sua origine nella costituzione di dote, gli è vero dire non pertanto che questi interessi d'interessi capitalizzati non s'incorporano alla dote per la sola forza della legge come gl'interessi ordinarii, che appunto perciò non si possono considerare come costituenti accessorii necessari della dote, e che sono il fondamento di un'azione che, ammessa dal giudice, costituisce un novello credito prendente rango a datare dalla iscrizione fatta per la conservazione di esso. » Ed il ricorso prodotto contro questo arresto è stato giustamente respinto (3).

437. Dopo la dote e gl'interessi della dote viene il credito risultante, per la moglie, dalle sue convenzioni matrimoniali. L'ipoteca è attribuita altresì a questo credito: ciò è incontestabile, poichè le convenzioni matrimoniali sono l'obbietto di una espressa menzione nell'art. 2135, il quale li colloca nella stessa linea della dote, per assegnar loro lo stesso rango d'ipoteca. Epperò le convenzioni matrimoniali sono garentite dall'ipoteca legale: e per convenzioni matrimoniali fa d'uopo intendere le disposizioni del contratto di matrimonio con le quali è assegnato alla moglie vuoi una precapienza, vuoi guadagni di sopravvivenza, ec.; a dir breve tutte le disposizioni che costituiscono la moglie donataria col suo contratto di matrimonio. Troviamo anche un arresto dal quale risulta che la stipulazione del contratto di matrimonio che accorda alla moglie in caso di sopravvivenza gli abiti di lutto, debbesi considerare come una convenzione matrimoniale garentita, al pari delle altre, dall'ipoteca legale, salvo il dritto pel giudice di ridurre la somma stipulata, avuto riguardo al patrimonio del marito ed agli usi dei luoghi abitati dalla vedova (4). Abbiam fatto notare più sopra al n. 73 che il lutto, al quale la moglie ha dritto in tutti i casi, in forza degli art. 1481 e 1540 Cod. Nap. ed anche nel manco di stipulazione nel contratto di matrimonio, è garentito a parer nostro da un privilegio generale. Or questo privilegio, il quale abbraccia la generalità dei mobili, che si estende inoltre sussidiariamente agli immobili, pei quali si conserva senza iscrizione (ved. art. 2107 e *supra*, n. 288 e 313) è di molto superiore all'ipoteca. Pensiamo per altro che, per essersi stipulato nel contratto di matrimonio, il lutto non è privato del privilegio che, secondo noi, debbeglisi attribuire, allorquando non si ripete che in virtù delle disposizioni della legge; è quindi

42, 1, 631). Ved. altresì in questo senso, Cass, 9 nov. 1855 (Dall., 55, 1, 28; Dev., 55, 1, 123; J. P., 1856, t. 1, p. 303).

(1) Bordeaux, 10 agosto 1849 (J. P., 1850, t. II, p. 155). Ved. pure Bourges, 25 mag. 1829; Riom, 17 dic. 1846 (Dall., 46, 1, 170). *Junge*: Troplong (418 ter). Baudot (Form. Ip., n. 805), Martou (n. 884).

(2) Corte di Cass., 29 agosto 1838 (J. P., 1858, t. II, p. 242).

(3) Ved. Rig., 28 marzo 1848 (J. P., 1848, t. II, p. 300).

(4) Riom, 20 lug. 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 532). Ved. ancora Tolosa, 6 dic. 1824; Req. 29, agosto 1833;

nostro avviso che, per l'esecuzione di questa convenzione matrimoniale in particolare, la moglie non ha d'uopo del soccorso della ipoteca legale.

438. È uopo andar più oltre; qualunque vantaggio fatto alla moglie da suo marito nel loro contratto di matrimonio non ha necessariamente la garenzia della ipoteca legale stabilita dal nostro articolo. Qui ancora se non v'è credito, non potrebbe esservi ipoteca: epperò le convenzioni matrimoniali garentite dalla ipoteca si intenderanno soltanto dei vantaggi matrimoniali certi in quanto alla loro esistenza, tutto che eventuali e sospesi in quanto all'esecuzione, dei vantaggi *deffinitivi* e che conferiscono, al momento stesso in cui sono stipulati, un dritto acquistato per la moglie che ne è l'obbietto; in fatti questi soltanto fanno nascere un credito a pro della moglie. P. es. Giuseppe e Maria contraggono matrimonio; il contratto contiene una disposizione in favor di Maria per parte di Giuseppe; poscia nel corso del matrimonio, Giuseppe vende degl'immobili a Pietro che non adempie le formalità di purga. Essendo disciolto il matrimonio per la morte di Giuseppe, Maria non trova nella successione valori sufficienti per covrirsi dei vantaggi che le erano stati fatti da suo marito; in conseguenza istituisce azione ipotecaria contro Pietro, detentore degl'immobili che Giuseppe ha venduti. Lo può? Sì, se il dritto risultante dalla donazione fatta in suo favore col contratto di matrimonio era un dritto irrevocabile, tutto che sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza di Giuseppe, donante; chè allora Maria aveva un credito condizionale il quale non à potuto esser pregiudicato dalle alienazioni fatte da suo marito. No, se il vantaggio fatto a Maria era, vuoi una donazione di beni futuri, cioè un vantaggio il quale non è soltanto sospeso da una condizione, ma ancora è eventuale sino alla morte del donante; vuoi una istituzione contrattuale, cioè un vantaggio che per la sua stessa natura nulla ha di diffinitivo, che conferisce una semplice aspettativa. In questo caso la moglie non era creditrice, ella non aveva dritti acquistati, i quali sieno pregiudicati dalle alienazioni fatte da suo marito: non può dunque invocare il soccorso della sua ipoteca legale ed opporlo ai terzi che han contrattato col marito. Del resto la distinzione è ammessa in massima dalla giurisprudenza (1) e di fatti non potevasi mettere in contestazione. Ma la difficoltà, la sola che possa presentarsi sta nell'applicazione: essa consiste a caratterizzare le stipulazioni del contratto di matrimonio e a distinguere le donazioni a causa di morte, e le semplici istituzioni contrattuali che non presentano se non una aspettativa o una eventualità, dalle donazioni che, sebbene subordinate alla sopravvivenza del donatario, costituiscono nonpertanto un dritto acquistato a datare dal giorno in cui si è celebrato il matrimonio. Questa difficoltà non è del nostro subbietto. Rimandiamo a tal riguardo al comentario del Marcadè sugli art. 1081 a 1086 (t. III, n. 277 e segg.).

439. Da ultimo dopo i crediti della moglie a causa della dote e delle convenzioni matrimoniali, vengono tutte le altre ripetizioni che la moglie può esercitare contro suo marito ad un titolo qualunque. Queste ripetizioni sono parimenti garentite dall'ipoteca legale. Qui si collocano in pria tutti i crediti che l'art. 2135 ha enumerati sotto il punto di vista tutto speciale da noi più sopra indicati al n. 434; epperò la moglie ha ipoteca per le somme dotali provvenienti da successioni a lei ricadute o da donazioni a lei fatte nel durar del matrimonio, per la indennità dei debiti da lei contratti con suo marito o pel rinvestimento dei suoi beni proprii alienati. Vengono poscia gli altri crediti non enumerati dall'art. 2135, ma che non sono men garentiti dall'ipoteca legale in forza della disposizione generale del nostro articolo; così l'indennità alla quale può dar luogo un pregiudizio causato alla moglie dal fatto del marito o da sua negligenza, quella che può aver la sua origine in un delitto; tutti i crediti a dir breve che la moglie può avere contro suo marito, quale che siane la origine, delitto o quasi delitto, contratto o quasi-contratto. Troviamo numerose applicazioni della regola in arresti, giusta i quali l'ipoteca si estende ai danni-interessi risultanti da che il marito avesse trascurato di far trascrivere la donazione di taluni suoi beni ch'egli avesse fatta alla moglie col suo contratto di matrimonio (2); alle spese fatte dalla moglie sulla sua domanda di separazione (3); anche a quella alla quale il marito è stato condannato su di una domanda intentata contro di lui

(1) V. Corte di cass., 25 termidoro anno 13, 9 sett. 1811; Grenoble, 12 genn. 1813; Corte di cass., 19 ag. 1840, 23 marzo 1841, 4 febbraio 1855, 16 mag 1855; Bordeaux, 21 febb. 1854; Tolosa, 24 maggio 1855; Riom, 12 nov. 1856 (Dev., 35, 1, 507; 40, 1, 819; 1, 45, 1, 490, 2, 57, 2, 185).

(2) Cass., 10 marzo 1840; Angers, 10 marzo 1841 (Dev., 40, 1, 217; 41, 2, 187).

(3) Riom, 4 marzo 1822. Parigi, 28 dicembre 1822; Caen, 25 nov. 1824, Douai 1 aprile 1826.—Ved. nonpertanto Rouen, 12 marzo 1817.

ad effetto di ottenere dal tribunale un'autorizzazione di litigare nel manco dell'autorizzazione maritale (1); ed altresì, se trattasi di una moglie straniera (*supra* n. 433), ai crediti matrimoniali non riconosciuti dalla legge francese, p. es. un aumento di dote, allorchè questi crediti sono riconosciuti dalla legge straniera, sotto l'impero della quale la donna si è maritata (2).

Ma accanto a queste applicazioni, le quali tutte più o meno àn potuto essere contestate, ne citeremo un'ultima, la quale a buon dritto può recar sorpresa trovarsi nella giurisprudenza. Si è messo in quistione il punto di sapere, se la ipoteca legale si estende ai crediti parafernali della moglie; e non solamente ciò si è messo in quistione, il che è già molto strano, ma è ancora avvenuto che autori e decisioni giudiziarie àn dichiarato che questi crediti non sono protetti dall'ipoteca legale. Così in una specie in cui una moglie, della quale tutti i beni erano parafernali invocava il soccorso dell'ipoteca legale per la sicurezza di una somma considerevole che suo marito riconosceva aver da lei ricevuto, un arresto le à negato siffatta garenzia, fondandosi su che « risulta dalla disposizione dell' art. 1577, Cod. Nap., che se la moglie dà poteri al marito di amministrare i suoi beni parafernali, egli è tenuto rispetto a lei al pari di qualunque mandatario, e non esiste alcuna legge che accordi al mandante una ipoteca contro il suo mandatario (3); » e questa dottrina ha trovato difensori (4). È ben strano al certo, che simili teorie trovino appoggio negli autori e nella giurisprudenza, e si stenta a spiegare come coloro che le difendono non si sono accorti che, se non v'è alcun testo in fatto, il quale accorda al mandante una ipoteca contro il suo mandatario, evvi per lo contrario un testo molto positivo ed assoluto che accorda una ipoteca alla moglie a causa *dei suoi dritti e crediti* pei beni del marito: quale testo è appunto quello del nostro articolo. Tutto dunque si ridurrebbe a sapere se le ripetizioni che la moglie può aver dritto ad esercitare a causa dei suoi beni parafernali, o in un regime diverso da quello dotale, a causa dei suoi beni di cui si è riservata l'amministrazione e il godimento, costituiscano o pur no *crediti*. Or può forse mettersi ciò in quistione?

Non è ben evidente che i crediti parafernali, allorquando il marito ne ha impiegato il montare a suo pro, costituiscono una delle riprese che la moglie ha dritto ad esercitare? Epperò la giurisprudenza non à mai esitato, tranne nell' arresto che pocanzi citavamo, ad accordare l' ipoteca legale alle ripetizioni estradotali (5).

Questi crediti in fatto sono garentiti dall' ipoteca legale allo stesso titolo e nello stesso modo degli altri crediti ed anche del credito dotale. Per conseguenza essi sono garentiti non solo in quanto al capitale, ma anche in quanto agl'interessi ed ai frutti (*Ved. supra*, n. 436). Nonpertanto, taluni autori mentre riconoscono che l'ipoteca legale protegge i beni parafernali, insegnano ch'essa non garentisce almeno il conto di gestione o di amministrazione dovuto dal marito (6). Anche da questo stesso art. 1579 si determinano questi autori; da tale articolo, giusta il quale il marito, a cui la moglie ha lasciato l'amministrazione dei parafernali *con peso di renderle conto dei frutti*, è tenuto delle conseguenze della sua amministrazione rispetto a lei *al pari di qualunque mandatario*. Nondimeno, evvi in questo temperamento o in questa distinzione una palpabile inconseguenza. In deffinitiva se l' art. 1577 fosse qui di qualche peso, se si dovesse prendere per regola, sarebbe mestieri accettarlo, in modo assoluto, ed al pari dello arresto teste citato, farne derivare la conseguenza che la moglie non à ipoteca anche pel capitale dei suoi crediti parafernali, poichè questo articolo assimila il marito al mandatario, e che nè per la restituzione del principale, nè pel conto della sua gestione, il mandatario non è tenuto ipotecariamente rispetto al mandatario. La verità è che al punto di vista della garenzia ipotecaria, l'art. 1577 non dice, nè pregiudica in nulla. A tal riguardo la regola non trovasi che nel nostro art. 2121, e la disposizione ne è troppo generale perchè dal momento in cui la disposizione di esso è riconosciuta applicabile ai crediti parafernali stessi, il benefizio non debba esserne esteso agl'interessi ed ai frutti, vale a dire agli accessorii di questo credito. Si desumerà dunque dall'art. 1577 questa induzione soltanto che il marito, amministrando i parafernali con peso di render conto de'frutti, è assimilato al mandatario, nel senso che è soggetto, in questa qualità di mandatario, alle

(1) Agen, 15 nov. 1847 (Dev., 48, 2, 681).
(2) Grenoble, 27 ap. 1855 J. P., 1856 t. II, p.618).
(3) Ved. Aix, 19 agosto 1813.
(4) Ved. in ispecie la dissertazione pubblicata dal Planel, professore della facoltà di dritto di Grenoble nella Raccolta del Sirey (t. XIX, 2, p. 89) — Ved. ancora Delvincourt (t. III, p. 165).

(5) Ved. Riom, 3 febb. 1821. Cass., 11 giugno 1822, 6 giugno 1826, 27 luglio 1828, 5 dic. 1832, Lyon (Id. sol.) 16 agosto 1825, Grenoble, 30 maggio 1834. Bordeaux, 20 giugno 1833, Dall., 26, 1, 295, 28, 1, 354, 33, 1 246 34, 2, 478, 36, 2, 48).
(6) Ved. Grenier (t. 1, n. 232), Rolland de Villargues (v. Ip., n. 359).

regola del mandato in quanto concerne la esistenza e la estensione del suo debito, il conto ed il punto di partenza degl'interessi che deve, oltre la restituzione del principale (art. 1996); ma ecco tutto! Andar oltre e supporre che l'assimilazione fatta in questo caso tra la posizione del marito e quella del mandatario, escluda la garenzia ipotecaria consacrata dal nostro articolo nel modo più generale ed assoluto, sarebbe lo stesso che sorpassare tutte le previsioni dell'art. 1577, il quale certamente non ha inteso, fermando la sua regola di assimilazione, che la qualità di mandatario cancellerebbe quella di marito e trarrebbe seco le obbligazioni che derivano da questa qualità e ne sono inseparabili. Evidentemente la legge non comporta una tale interpetrazione: ciò è stato riconosciuto dal solo arresto che esiste, a nostra conoscenza, su questo punto di dritto (1); e non si può che accettarne la soluzione.

440. Avremmo detto tutto dell'ipoteca legale della moglie, almeno in quanto concerne il principio stesso dell'ipoteca e i crediti che essa garentisce, se non trovassimo qui talune particolari situazioni, nelle quali avviene che i dritti della moglie trovansi cancellati per la forza delle cose, ristretti dalla volontà della legge, o completamente perduti almeno per la moglie e per fatto suo. È uopo dunque occuparci di queste situazioni. Qui noi abbiamo particolarmente in mira: 1.° il caso in cui avviene una liquidazione tra' conjugi, o meglio tra il marito e gli eredi di sua moglie; 2.° il caso in cui il marito è caduto in fallimento; 3.° il caso in cui la moglie ha fatto cessione della sua ipoteca legale, o vi à rinunciato a pro di terzi. Ciascuno di questi casi, specialmente l'ultimo, à dato luogo a serie difficoltà; noi li esamineremo successivamente.

IV.—441. Allorquando intercede una liquidazione tra il marito e gli eredi della moglie può avvenire ed avviene spesso che il marito rimane in possesso delle riprese, vale a dire dei valori di cui era debitore sotto la garentia dell'ipoteca legale, e che nonpertanto questa sicurezza cessa di esistere a pro degli eredi rappresentanti la moglie. Nonpertanto ciò vuol dire che l'ipoteca legale sia un vantaggio puramente personale, un vantaggio esclusivamente inerente alla qualità di donna maritata; lungi da ciò, il dritto può sopravvivere alla moglie e passare agli eredi di lei. Ma perchè così sopravviva e si mantenga è uopo che la obbligazione del marito sussista nella sua primitiva condizione, vala a dire che, non ostante la premoriènza della moglie, il marito continui ad esser tenuto della obbligazione nella sua qualità di marito. Che se il marito rimanendo in possesso delle riprese ne divien debitore e tenuto a darne conto ad un altro titolo, allora è tutt'altrimenti; il primitivo credito è estinto e con esso è estinta per conseguenza l'ipoteca che ne garentiva il pagamento.

Ciò sarà meglio chiarito con un esempio — Giacomo ed Eugenia contraendo matrimonio ànno stipulato che il superstite avrà dritto, nel caso in cui non rimanessero figli dal matrimonio, di godere in usufrutto di tutti i beni mobili ed immobili che lascerà il premoriente. Eugenia premuore e non lascia figli; l'atto di liquidazione fissa il montare delle ripresa di costei ad una somma di 50mila fr. e constata che, siccome usufruttuario si termini del suo contratto di matrimonio, Giacomo resterà investito di questa somma di 50mila fr., la quale non dovrà sborsarsi che al finir dell'usufrutto. — In questo stato ed in tutti gli altri analoghi l'ipoteca legale la quale assicurava alla moglie il ricupero delle sue riprese è estinta; e se noi supponiamo, nella nostra specie, che dopo la liquidazione tutti i beni di Giacomo sieno venduti per espropria e che si apra una graduazione sul prezzo; noi dovrem riconoscere che gli eredi di Eugenia, nudi proprietarii dei valori di cui Giacomo ha l'usufrutto, non potranno pretendere una collocazione, sotto pretesto che l'ipoteca legale à continuato a garentire questa somma di 50mila fr., alla quale erano state fissate le riprese e di cui Giacomo è rimasto detentore. In fatti vi è stata una liquidazione tra questi eredi ed il marito, una liquidazione in seguito della quale costui à conservato a titolo di usufrutto, in virtù del suo contratto di matrimonio, la somma di cui primitivamente era debitore come marito. Per effetto di questa liquidazione si è operata una novazione nel titolo; il marito nel conferire anche fittiziamente alla successione della moglie le somme che doveva a questo titolo, ne à tenuto conto in modo sufficiente; da un' altra banda, le ha ricevute ad un altro titolo e ormai le detiene, non più come marito, ma in qualità di donatario avente dritto ad una parte della successione, come potrebbe farlo un estraneo, al quale la moglie avesse dato o legato l'usufrutto: dunque il primitivo debito del marito più non esiste; ed appunto perciò l'ipoteca legale non aven-

(1) Montpellier, 27 aprile 1846 (Dev., 47, 2, 439). *Sic.*, Troplong (n. 418), Seriziat (Reg. dot., n. 395).

do la sua ragione di essere, gli eredi della moglie non possono invocarla. Ciò è oggidì riconosciuto dalla più costante giurisprudenza (1).

Ma non bisogna esagerar le cose; questa giurisprudenza poggia su di un dato preciso; essa ha per base il fatto di una liquidazione o di un regolamento nel quale si manifesta ad evidenza il cangiamento che si è operato nelle cause che fanno sì che il marito rimanga in possesso di tutto o parte della dote o delle riprese della moglie. Epperò supponiamo che non siavi stata nè liquidazione, nè atto qualunque attestato che il marito ha conferito, fittiziamente o realmente, le riprese di cui era debitore nella sua qualità di marito; supponiamo che nulla mostri che tali riprese, da lui ancora detenute, gli sono state rilasciate, perchè vi eserciti il dritto di usufrutto al quale può pretendere; sarà tutt'altrimenti; allora sarà vero il dire che non v'è novazione consistita nel debito primitivo; che questo debito sussiste lo stesso e con esso sussiste l'ipoteca che ne è l'accessorio e deve assicurare il rimborso. In questo senso ha potuto decidersi dalla Corte Suprema che, allorquando un marito è stato istituito legatario universale dell'usufrutto dei beni di sua moglie, anche con dispensa da qualunque domanda in rilascio, di qualunque impiego di fondi, del pari che *dal dar cauzione ed è rimasto in possesso dei beni, senza che sio intervenuto alcun atto tra lui ed i legatarii della nuda proprietà*, gli eredi della moglie possono prevalersi della ipoteca legale inerente alla dote contro i creditori ipotecarii del marito, perchè in tal caso non v'à novazione, ed il primo debito quello della dote sussiste con la garenzia dell'ipoteca legale (2).

La stessa Corte sembra essere andata più oltre, in quanto che ha considerato il debito primitivo come sussistente con l'ipoteca legale che ne garentiva il rimborso, anche in una specie in cui le riprese della moglie predefunta erano rimaste nelle mani del marito, donatario in usufrutto, dopo un aggiustamento di conti fatto con sua figlia erede della moglie e portante fissazione delle riprese di costei (3). Ma non bisognerebbe scorgere in ciò nulla di contrario alla giurisprudenza da noi pocanzi rammentata e che la stessa Corte di cassazione ha consacrata; questo arresto va perfettamente di accordo con tale giurisprudenza e si spiega mercè le circostanze stesse nelle quali è stato pronunziato. Nella specie le parti avevano ben pensato alla novazione, ma appunto per dire che essa non avrebbe luogo; l'aggiustamento di conti portava in fatti questa clausola: « In quanto alla porzione di riprese colpita dal godimento del marito, non sarà esatta contro quest'ultimo o suoi rappresentanti che alla sua morte, dichiarando l'erede della moglie premorta ch'*ella si riserba tutti i suoi dritti, privilegi ed ipoteche senza novazione* »; e ciò è sembrato decisivo. La corte di cassazione à considerato che le parole « senza novazione » inserite nell'atto altro non àn potuto significare « se non che il marito continuerebbe a conservare, sua vita durante, le riprese allo stesso titolo che le aveva sinallora detenute, vale a dire como debitore di sua figlia, vuoi in qualità di tutore, vuoi a causa delle riprese che costei aveva ad esercitare per parte di sua madre; » e da questa stipulazione cui la Corte à considerato come lecita, ha conchiuso « pel mantenimento della ipoteca legale che aveva sin allora gravato i beni del marito, vuoi come marito, vuoi come tutore ». Forse potrebbesi censurare la decisione nel merito, potrebbesi dire che quali che sieno state le riserve inserite nello aggiusto di conti, queste riserve non àn potuto far sì che, per effetto dell'atto, le riprese della moglie non sieno rimaste, in diffinitiva, nelle mani del marito, non più nella sua qualità di marito, ma nella sua qualità di usufruttuario, il che per la forza delle cose, implicava novazione per la sostituzione di un nuovo debito ad un debito antico, e che se, in massima, le ipoteche dell'antico credito possono, quando sono riservate, passare a quello che è ad esso sostituito (Cod. Nap. art. 1728), ciò almeno non debbesi intendere dell'ipoteca legale, la quale non avendo luogo che in determinati casi, non potrebbe passare da un credito, al quale la legge rannoda una tale ipoteca, ad un altro credito al quale non si è dalla legge accordato lo stesso favore.

Ma ad ultimo, vuoi che si censuri l'arresto in ciò che decide, vuoi che lo si approvi, sta sempre che la decisione non è contraria alla giurisprudenza rammentata più so-

(1) Parigi, 13 genn. 1836, 9 marzo 1841, 19 dic. 1846, 3 marzo 1849. Cass., 15 nov. 1837, Bordeaux, 5 marzo 1842, Douai, 21 aprile 1844, 1 maggio 1846 Grenoble, 4 genn. 1834; Bourges, 6 marzo 1853 (J. P. 1838, t. I. p. 295; 1842, t. II, p. 459; 1844, t. I, p. 554 1846, t. II, p. 724; 1847, t. I, p. 447, 1849. t. I. p. 430; Dev., 54, 2, 741; 53, 2, 354).—Ved. ancora Rig., 21 dic. 1852 (Dev., 55, 1, 41).

(2) Ved. Req., 20 aprile 1857 (Il dritto del 20 e 21 aprile 1857).— *Junge*: Parigi, 26 nov. 1856

(3) Ved. Req., 27 nov. 1855 (J.P., 1856, t. I p. 124)

pra, e che come decisione speciale si combina a meraviglia con questa giurisprudenza e le lascia tutta la sua autorità. Ripetiamo dunque che, se l'ipoteca legale può sopravvivere alla moglie, che se anche le sopravvive e vantaggia i suoi eredi, tutte le volte che i valori di cui il marito è tenuto, restano tra le sue mani, senza che alcun atto attesti un mutamento nel titolo del possesso, è tutt'altrimenti e l'ipoteca legale sparisce e si cancella alloraquando, per effetto di una liquidazione sopraggiunta tra gli eredi della moglie e il marito, avviene che costui conserva, come avente dritto ad una parte della successione ed in qualità di donatario o legatario, tutto o parte delle somme di cui era debitore verso la moglie: e senza insistere davvantaggio su questo primo caso, passiamo allo esame del secondo.

V. — 442. Questo caso è quello in cui il marito essendo commerciante viene ad esser posto in istato di fallimento. Qui, il principio stesso dell'ipoteca legale è riserbato; già sappiamo che la donna che si marita con un commerciante è protetta dall'ipoteca, non ostante l'avvenimento del fallimento, e che il matrimonio, fosse anche collocato all'epoca fissata dal tribunale di commercio come quella della cessazione dei pagamenti; vale a dire dell'apertura del fallimento, o ancora ai dieci giorni che àn preceduto, la moglie non ha meno dritto all'ipoteca legale stabilita dal nostro articolo, *ved. supra* n. 431. Ma questa ipoteca legale potrà forse esercitarsi dalla moglie del commerciante fallito nei termini stessi del nostro articolo? La eserciterà forse rispetto ai creditori del fallito con tutti gli effetti e tutte le prerogative consacrate dal dritto comune? No; l'interesse del commercio, il bisogno del credito che ne è il principale elemento esigono che, in un comune disastro, la moglie del fallito non prenda una posizione troppo apertamente privilegiata. Di qui le disposizioni eccezionali con cui il Codice di Commercio stabilisce talune restrizioni che affettano l'ipoteca legale della moglie nei suoi effetti ordinarii. Di queste restrizioni dobbiamo ora occuparci.

443. Ma anzi tutto e pria di precisare in che cosa esse consistano, dobbiam notare un punto importante: si è che le restrizioni stabilite dal Codice di Commercio, quelle che affettano l'ipoteca legale nei suoi effetti, ànno luogo, non già in tutti i casi in cui il marito è in istato di fallimento; ma solo in taluni casi specialmente determinati. Nei termini della legge del 28 maggio 1838, modificativa del titolo dei fallimenti, quale era stata consacrata dal legislatore del 1807, le disposizioni restrittive del dritto comune sono applicabili alla moglie, solo allorchè il marito era commerciante al momento della celebrazione del matrimonio, o quando il marito non avendo allora altra professione determinata diviene commerciante nell'anno, (Cod. di Comm. art. 563, 564). Sotto questo rapporto la legge del 28 maggio 1838 emenda per buona ventura le disposizioni del Codice di Commercio del 1807, le quali andando al di là di una giusta misura, e cedendo in ciò alla impressione prodotta dai disordini in allora recenti, dallo scandalo di bancarotte lungamente ed abilmente preparate, aveva allogato nello stesso caso delle mogli dei commercianti quelle che avevano sposato figli di negozianti, i quali all'epoca del loro matrimonio non avevano uno stato, una professione determinata, e che erano in seguito divenuti essi stessi negozianti, (Cod. di Comm. art. 552, ediz. del 1807). Non pertanto è di tutta evidenza che l'uomo cui una donna accetta per marito può esser figlio di negoziante, senza che ciò debba necessariamente dare a supporre a questa donna che in un'epoca qualunque suo marito si darà egli stesso al commercio: di guisa che restringerne il suo dritto Ipotecario, solo perchè suo marito più tardi diviene negoziante e fallisce, era lo stesso che sottoporla ad eccezionali rigori, ai quali ella non ha potuto credersi esposta nel maritarsi. Eravi dunque una esagerazione che la nuova legge ha giustamente corretta; ed oggi dì in tutti i casi, tranne quello in cui il marito era commerciante al momento della celebrazione del matrimonio, o quello in cui, non essendo allora commerciante, lo è divenuto nello anno seguente, la moglie, quand'anco il marito venisse dichiarato fallito, rimane nel dritto comune, gode dell'ipoteca legale con tutti gli effetti che le assegnano le disposizioni del Codice Napoleone.

Del resto, ciò il dritto della moglie è regolato secondo il fatto, il quale non riceve alcuna influenza dalla qualità che il marito ha potuto prendere o non prendere nell'atto della celebrazione o nel contratto di matrimonio. Quindi, si è deciso esservi luogo all'applicazione degli art. 563 e 564, Cod. di Comm. in quanto concerne i vantaggi matrimoniali e l'ipoteca legale della moglie, tutto che il marito non abbia assunto la qualità di commerciante nel contratto di matrimonio, e quand'anco esercitasse all'epoca del matrimonio una professione legalmente incompatibile con quella di commerciante, p. es. quella di

ricevitore delle finanze o di notalo, se è assodato che in quell'epoca egli davasi abitualmente, oltre della sua professione, ad operazioni commerciali (1). E reciprocamente si è giudicato che la qualità di commerciante assunta dal marito nel suo contratto di matrimonio rimane senza effetto, allorchè è costante che quest'ultimo non era allora commerciante e non lo è divenuto che più di un anno dopo, e non può quindi opporsi alla moglie per toglierle, in caso di fallimento del marito, il beneficio dell'ipoteca legale che le assicura il nostro articolo (2).

Queste decisioni sono di una perfetta esattezza. Gli è aperto che, nel pensiero della legge, il fatto solo è dominante; e che, astrazion fatta dalle enunciazioni contenuta nel contratto di matrimonio o anche nell'atto di celebrazione, i dritti della moglie in quanto all'ipoteca legale ed alla estensione di essa sono determinati dalla situazione del marito, da un semplice punto di fatto sempre facile a riconoscersi e valutarsi: il marito caduto in fallimento era straniero al commercio allorchè si è maritato, e non è divenuto commerciante che più di un anno dopo il matrimonio, il dritto ipotecario della moglie rimane nei termini del dritto comune, al contrario il marito era commerciante all'epoca del matrimonio o lo è divenuto nell'anno seguente la celebrazione, l'ipoteca legale della moglie subisce le restrizioni che la colpiscono nei suoi effetti secondo le disposizioni eccezionali del Codice di Commercio.

444. Ma quali sono queste restrizioni ed in che mai consistono? Esse poggiano ad un tempo e sul pegno ipotecario e su i crediti di cui l'ipoteca legale assicura il ricupero. Le restrizioni della prima categoria debbono, in quanto al presente, essere riserbate: siccome esse riguardano i beni che rispondono dei crediti della moglie, le nostre osservazioni su questo punto troveranno meglio il loro posto nel comentario dell'art. 2122 di cui l'oggetto è stato precisamente quello di regolare l'estensione e gli effetti dell'ipoteca legale in rapporto ai beni che ne sono affetti (ved. *infra*, n° 533). Qui dunque ci occupiamo soltanto delle restrizioni della seconda categoria: queste concernono i crediti che la moglie del commerciante fallito è autorizzata, ad onta del fallimento, a collocare sotto la garenzia dell'ipoteca legale; le nostre spiegazioni in ciò che la concerne rientrano dunque naturalmente nel commentario del nostro articolo 2121.

445. A tal riguardo l'art. 563 del Codice di commercio, modificato dalla legge del 28 maggio 1838, ci dice che, nelle circostanze ch'esso determina e da noi ora indicate, tali e tal'altri immobili del marito saranno sottoposti all'ipoteca della moglie: «1° per le somme ed effetti mobiliari ch'ella avrà apportati in dote, o che lo saranno ricaduti dopo il matrimonio per successione o donazione tra vivi, o testamentaria, e di cui ella proverà la consegna o il pagamento con atto avente data certa; 2° pel reimpiego dei suoi beni alienati durante il matrimonio; 3° per l'indennizzo dei debiti da lei contratti con suo marito » Come si vede, è la riproduzione presso che letterale dell'enumerazione fatta nell'art. 2135 del Codice Napoleone, salvo una omessione sulla quale noi ritorneremo riprendendo successivamente i diversi crediti enumerati.

446. Ed in prima l'ipoteca legale garentisce a favore della moglie del commerciante non solamente le somme ed oggetti mobiliari apportati in dote, ma quelli ancore che le sono ricaduti dopo il matrimonio per donazione o successione. La legge del 28 maggio 1838, modificativa del titolo dei fallimenti, ha temperato in ciò i rigori del Codice di commercio del 1807. I redattori del Codice non avevano collocato sotto la garenzia dell'ipoteca se non la dote apportata in matrimonio. Meglio ispirato, o se si vuole, più lontano dai grandi scandali che avevano condotto la legge fino all'esagerazione nella via del rigore, il legislatore del 1838 ha compreso che domandare una pruova certa della consegna del pagamento delle somme ricadute alla moglie, era rispondere a tutte le esigenze; che andare più oltre e negare alla moglie la garenzia dell'ipoteca per questa parte della sua fortuna, sarebbe sagrificare l'interesse della moglie a quello dei suoi creditori. Ed il Codice del 1807 è stato modificato in questo senso. Ma e qui sta l'omissione alla quale facevamo allusione pocanzi, nè il Codice del 1807, nè la legge del 1838 han parlato delle *convenioni matrimoniali* che, nell'enumerazione dell'art. 2135 del Codice Napoleone, hanno il loro posto al medesimo rango della *dote*.

Perchè tal silenzio, e che fa d'uopo conchiuderne? Che trovasi nel Codice del 1808 un testo (art. 549) che è stato riprodotto

(1) Ved. Req., 3 luglio 1837; Nimes, 10 luglio 1834 t. I. p. 612).

(2) Ved. Req., 4 maggio 1852, Orleans. 16 marzo 1839; Besançon, 13 feb. 1856 (J. P., 1839, t. I, p. 648; 1856, t. I, p. 271).

dalla legge del 1838 (art. 564), il quale dispone che « la moglie il cui marito era commerciante all' epoca della celebrazione del matrimonio, o il cui marito non avendo allora altra professione determinata, sarà divenuto commerciante nell'anno che seguirà tale celebrazione, non *potrà esercitare nel fallimento alcuna azione o causa dei vantaggi orrecati nel contratto di matrimonio...* ». Or questi vantaggi sono appunto, come abbiamo spiegato più sopra (n. 437), *le convenzioni matrimoniali* di cui si è parlato all'articolo 2135 del Codice Napoleone. E poichè la moglie del commerciante fallito non à neppure azione ad esercitare nel fallimento a causa dei vantaggi a lei fatti nel contratto di matrimonio, gli è aperto che non le si poteva riservare l' ipoteca legale a causa delle sue convenzioni matrimoniali. Così si spiega il silenzio dell' art. 563, Cod. di Com., modificato dalla legge sui fallimenti del 18 maggio 1838 in quanto concerne le convenzioni matrimoniali. La conchiusione che fa d' uopo dedurne, si ritrae da sè stessa: si è che i vantaggi che sono fatti alla moglie, come lucri di sopravvivenza, donazione, ecc. i quali, giusta il dritto comone, sono sotto la garenzia dell' ipoteca legale, sono come non avvenuti e conseguentemente privi di ogni ipoteca, giusta la legge commerciale, per la moglie del commerciante caduto in fallimento.

447. Con la dote e coi beni ricaduti alla moglie per donazione o successione, il Codice di Commercio lascia sotto la protezione dell' ipoteca legale il rinvestimento dei beni della moglie alienati durante il matrimonio e la indennità dei debiti contratti col marito. In sè stessa questa disposizione della legge non ha d' uopo di comento; si comprende a meraviglia che, anche nella situazione eccezionale che crea lo stato di fallimento, il rinvestimento dei beni della moglie e l' indennità dei debiti da lei contratti col marito rimangono garentiti dall' ipoteca legale.

Ma in quanto concerne la indennità dei debiti contratti col marito, il ravvicinamento e il confronto dell' art. 563, Codice di Commercio con gli art. 446 e 447 dello stesso Codice fanno nascere una quistione che non è senza gravità.

Ecco la specie. — Giuseppe negoziante, stretto dal bisogno dei suoi affari ha fatto un mutuo di 90mila fr. a Pietro che, concependo ben presto qualche inquietudine domanda che la moglie di Giuseppe si obblighi con lui. La pretesa è accolta ed un biglietto di 20mila fr. è sottoscritto a Pietro il 20 luglio 1850 da Giuseppe e da sua moglie che si obbliga come garante. Siccome troppo spesso avviene, il mutuo fatto da Giuseppe in caso di strettezza gli è di un impotente soccorso; scoppia il fallimento e la sentenza dichiarativa ne fissa l' apertura al 15 luglio 1850; epperò l' obbligazione ottenuta da Pietro va collocata nei 10 giorni che àn preceduto il fallimento. Qual è in questa posizione il dritto della moglie di Giuseppe a causa della sua indennità pel debito da lei sottoscritto come garante di suo marito? Supponiamo che per tale indennità, ella voglia prevalersi della ipoteca legale che le attribuisce il dritto comune e che per altro l' art. 563. Cod. di Comm. le ha lasciata, ecco elevato il conflitto. Da una banda i creditori del fallimento opporranno in pria l' art. 446 dello stesso Codice che dichiara nulli e senza effetto, relativamente alla massa, alloraquando saranno stati fatti dal debitore dopo l' epoca determinata dal Tribunale come quella della cessazione dei suoi pagamenti, o nei dieci giorni che avranno preceduto quest' epoca, tutti gli atti traslativi di proprietà a titolo gratuito, tutti i pagamenti di debiti non iscaduti, ed anche quelli di debiti scaduti, se sono stati fatti in altro modo che in ispecie ed in effetti commerciali, e qualunque ipoteca convenzionale o giudiziaria, tutti i dritti di anticresi o di pegno costituiti sui beni del debitore per debiti anteriormente contratti: essi opporranno poscia l' art. 447, giusta il quale *tutt' altri pagamenti* fatti dal debitore per debiti scaduti e *tutt' altri atti a titolo oneroso* da lui stipulati dopo la cessazione dei suoi pagamenti e pria della sentenza dichiarativa del fallimento, potranno essere annullati se, da parte di coloro che ànno ricevuto dal debitore o che àn con lui contrattato, essi ànno avuto luogo con la conoscenza della cessazione dei suoi pagamenti. — Da un' altra banda la moglie risponderà che nè l' art. 446, nè il 447 sono a lei opponibili; il primo perchè, vietando limitatamente l' acquisto dell' ipoteca *giudiziaria* e dell' ipoteca *convenzionale* non potrebbe applicarsi a lei, la quale viene a reclamare un' ipoteca *legale*; il secondo, perchè permette l' annullamento soltanto degli atti *che sono fatti col debitore fallito*, e che, in quanto a lei, l' atto da cui eccepisce, se à vantaggiato il debitore, non si è men fatto con esso, ma col suo creditore.

Qual' è tra queste opposte pretese quella che dovrà prevalere? La giurisprudenza interrogata su questo punto non ha dato so-

luzione assoluta. Risulta dai documenti che essa fornisce che tutto qui dovrebbe ridursi ad una valutazione di fatti. Ciò è indicato nei due arresti di rigetto emanati, uno dalla Camera delle inchieste, l'altro dalla Camera civile della Corte di cassazione, i quali nel loro confronto vogliono significare che, nel caso in cui la moglie contraendo un debito con suo marito, ha agito senza frode e nella ignoranza dello stato di cessazione dei pagamenti in cui era il marito, ella ha la sua ipoteca legale a causa della indennità che le è dovuta (1), mentre al contrario se ha agito con conoscenza di causa e ben sapendo che era sul punto di scoppiare il fallimento, l'ipoteca legale è senza effetto rispetto ai creditori del fallimento, che àn dritto esclusivamente al prezzo degl'immobili e debbono riceverlo anche in pregiudizio della indennità reclamata dalla moglie (2).

In quanto a noi, crediamo che sia mestieri andar più oltre; e adottando la opinione del dotto nostro amico Coin-Delisle, diremo volentieri che in tutti i casi in cui, nell'intervallo dall'epoca fissata dal tribunale come quella della cessazione dei pagamenti del debitore al giorno della sentenza dichiarativa del fallimento, la moglie, sciente o pur no del disastro di suo marito, si obbliga per lui o lo garentisce per un debito contratto pria della cessazione dei pagamenti, non à, a causa della sua indennità, ipoteca la quale si possa opporre alla massa chirografaria (3). La moglie, secondo noi, ha un bel trincerarsi sotto il testo dell'art. 446, Cod. di Comm., il quale parla soltanto delle ipoteche convenzionali e giudiziarie per vietarne lo acquisto durante il tempo sospetto; si potrebbe rispondere con uno degli arresti contro i quali erano diretti i ricorsi rigettati dalla Corte di Cassazione (4), che in questa materia è ragionevole e necessario di stabilire una gran differenza tra le ipoteche legali nella stretta accezione della parola, vale a dire provvenienti dalla sola forza della legge, senza che le parti interessate vi sieno per nulla, e quelle le quali avendo questa natura a causa della qualità delle persone, prendano non pertanto la loro origine in atti puramente volontarii, le cui intenzioni possono essere più o meno soggette a censura; che le prime esistono di pieno dritto come garentia in certo modo di ordine pubblico, alle quali sarebbe difficile il concepire che si potesse arrecar ferita, ma che è tutt'altrimenti delle altre e specialmente di quelle aventi per oggetto di garentire l'indennità dei debiti contratti dalla moglie col marito; che queste ultime, rannodandosi ad obbligazioni fatte sotto l'autorizzazione del marito e generalmente a sua premura, sono realmente *convenzionali*, almeno nella loro creazione e che, nel caso di fallimento del marito, oltre che non potrebbero giammai mantenersi e consacrarsi se non con grave detrimento della massa, offrirebbero troppo spesso al fallito un mezzo indiretto di fare, con l'intervento di sua moglie, ciò che gli è direttamente interdetto, vale a dire di vantaggiare taluni creditori in pregiudizio ed in frode della massa.

Come ben comprendiamo, non è però mica possibile, in dritto, di fare tra' diversi crediti, ai quali la legge dichiara espressamente ch'essa rannoda un'ipoteca, la differenza che serve di base a questi motivi dell'arresto e di considerare a livello di una ipoteca convenzionale, avuto riguardo alla natura del credito garentito, l'ipoteca alla quale la legge accorda espressamente e formalmente la qualifica di *legale*. Epperò mettiamo la quistione su di un altro piede; e servendoci di talune considerazioni dedotte per altro a titolo di argomento dall'arresto del quale abbiam riassunto la dottrina, vi troviamo il principio stesso di una soluzione, la quale non solo pone da banda la pretesa della moglie, ma ancora non le lascia appicco per suscitare siffatta pretesa.

Ed in altri termini noi non separiamo la obbligazione sottoscritta dalla moglie dalla autorizzazione maritale che le è stata necessaria per obbligarsi. Or siffatta autorizzazione si è data dal marito a pro di un creditore in pregiudizio degli altri, il che è contrario alla legge sui fallimenti, essendo regola generale, principio stesso di questa legge, la uguaglianza tra' creditori. Essa è stata in oltre accordata nel periodo di tempo che la legge considera come sospetto, nell'intervallo che separa la cessazione dei pagamenti dalla sentenza dichiarativa di fallimento e per conseguenza ad un'epoca in cui il marito era privo del dritto di disporre. A questo duplice titolo l'autorizzazione data dal marito è nulla come emanante da una persona che era incapace di darla. E se l'autorizzazione è nulla,

(1) Req., 7 nov. 1848 (Dev., 49, 1, 121). — *Junge*: Renouard (*Dei Fallimenti*, t. 1, p. 561).
(2) Rig., 15 maggio 1850 (Dev., 50, 1, 609).
(3) Ved. Coin-Delisle (Riv. crit., t. III, p. 221 e seg.)
(4) Questo arresto è della Corte d'Angers mantenuto dall'arresto di rigetto del 15 maggio 1850.

la moglie non è stata abilitata a sottoscrivere obbligazione, di guisa che quella da lei sottoscritta è parimenti colpita di nullità, di una nullità che i creditori possono far pronunziare non solo in forza delle disposizioni speciali della legge in materia di fallimenti, ma ancora in forza del dritto comune consacrato dall'art. 1167, Cod. Nap. (1).

La quistione non è dunque di sapere se, nel caso proposto, la moglie abbia o pur no una ipoteca legale per la indennità del debito da lei sottoscritto con suo marito; la quistione va più oltre; è quella di sapere se siavi realmente o pur no una obbligazione valida. Ed appunto perchè, a parer nostro, non v'è obbligazione, la moglie, non avendo credito come garante del marito, non può quindi avere per parte sua una ipoteca legale.

448. Laonde ed in diffinitiva, nel caso di fallimento del marito, le disposizioni eccezionali del Codice di Commercio restringono l'ipoteca legale della moglie, al punto di vista dei crediti ai quali è annessa siffatta garentia, soltanto in ciò che le *convenzioni matrimoniali*, vale a dire i vantaggi fatti alla moglie nel contratto di matrimonio, non godono ipoteca legale, poichè la moglie non ha neppure azione a causa di questi vantaggi.

Ciò non vuol dire che in quanto concerne tutt'altri crediti, la moglie del commerciante resta esattamente nei termini del dritto comune. L'ipoteca legale non le è accordata, almeno sotto il rapporto delle somme ed effetti mobiliari da lei conferiti in dote o a lei ricaduti dopo il matrimonio per successione o donazione, che in quanto il pagamento o la consegna sia provata da atto avente data certa: tale è la disposizione qui sopra riprodotta dall'art. 563, Codice di Commercio.

In ciò ancora, la legge del 28 maggio 1838 esigendo con questo articolo, che la pruova del *pagamento* delle somme e della *consegna* degli effetti o legati sia fatta e risulti da un atto avente data certa, ha modificato il Cod. di Comm. del 1805, il cui articolo 551 esigeva *un atto autentico* per giustificare il *conferimento* in dote, ma nulla diceva in quanto concerne la pruova del *pagamento*. È non per tanto nostro parere che, anche dopo la legge del 1838, si può dire come ha fatto altresì la Corte di Cassazione pria di questa legge, che allorquando si è convenuto nel contratto di matrimonio di un commerciante e rispetto ai conferimenti della moglie pagabili il giorno del matrimonio, che l'atto di celebrazione *varrà come quietanza* di questi conferimenti, l'atto posteriore di celebrazione ravvicinato alla convenzione degli sposi costituisce la quietanza autentica o avente data certa nel senso delle succitate disposizioni del Cod. di Com. (2). Ed infatti se il contratto porta quietanza, per qual motivo ed in qual interesso richiedere un altro atto portante di bel nuovo quietanza? La realtà del pagamento due volte attestata non sarebbe nè più certa, nè meglio provata; chè, dal momento in cui si può supporre che, non ostante la dichiarazione del contratto di matrimonio, la promessa di conferimento non è stata attuata, non vi sarebbe alcun motivo, perchè non si potesse supporre del pari che, non ostante lo constatazioni di una quietanza speciale, il conferimento non si è mica attuato. È uopo adunque accettare l'atto di celebrazione come rientrante nelle condizioni della legge, salvo nonpertanto pei creditori il dritto di provare che vi è stato accordo fraudolento fra' conjugi e che in realtà non fu effettuato il pagamento del conferimento.

VI. — 449. Passiamo finalmente all'ultima delle situazioni particolari ed eccezionali indicate più sopra (n. 440), quella in cui la moglie consente la surrogazione nella sua ipoteca legale. In questa situazione in cui le sicurezze ipotecarie accordate alla moglie sono, non già cancellate o menomate come nelle altre due che precedono, ma volontariamente abbandonate in tutto o in parte, almeno in modo condizionale, a pro dei terzi ai quali la moglie trasmette o comunica i suoi dritti, ritroveremo uno dei punti di diritto che, in questa materia dell'ipoteca legale, han suscitato le maggiori controversie e fatto nascere le più serie difficoltà di teoria e di pratica.

Qui tutto, almeno sino a questi ultimi tempi, è stato l'opera dei pratici. Infatti non è già il legislatore quegli che ha concepito la idea di *surrogazione all'ipoteca legale*; non solamente la legge non ha definito la convenzione, ma essa non l'aveva neppure nominata fino al decreto del 28 febbraio 1842 sulla società di credito fondiario, il primo atto legislativo nel quale la si trova menzio-

(1) È il sistema sviluppato dal Colo Delisle con grande autorità di logica e ragione nella dissertazione succitata

(2) Rig., 19 gennaio 1836 (1 ev., 36, 1, 196). *Sic* Renouard (Dei *Fallimenti* t. II, p. 303), Esnault (ibid., t. III, n. 586 bis). — *Contra* nonpertanto de Saint-Nexent (ibid., t. III, n. 3 9).

nata (art. 20); e questa convenzione oggidì sì frequente, questa convenzione sì usuale sarebbe probabilmente ignorata, se il bisogno degli affari non avesse provocato i pratici ad imaginarla come un mezzo atto a proteggere i creditori ed i terzi acquirenti contro gli effetti sì minaccianti dell' ipoteca occulta da cui sono gravati i beni del venditore o del debitore ammogliato. Epperò nel manco di testi precisi ed espliciti, è stato mestieri attenersi ai principii generali, ed in tutto ciò che concerne la natura della convenzione, le condizioni di esistenza, le forme e gli effetti di essa ec., regolarsi secondo questi principii, i quali anzi tutto dovevansi rispettare. Soltanto è avvenuto (il che avviene necessariamente tutte le volte che la legge non offre il soccorso di disposizioni speciali e formali) che le applicazioni dei principii sono state contestate su ciascun punto; di qui i moltiplici sistemi che dovremo indicare e discutere.

Nonpertanto, taluni sono ormai troncati dalla legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, il cui art. 9 è così concepito: « Nei casi in cui le mogli possono cedere la loro ipoteca legale o *rinunziarvi*, questa cessione o questa rinunzia *debb' esser fatta con atto autentico*, e i cessionarii non ne sono investiti rispetto ai terzi che mercè la iscrizione di questa ipoteca presa a loro pro, o con la menzione della surrogazione in margine della inscrizione preesistente.— Le date delle iscrizioni o delle menzioni determinano l'ordine nel quale coloro che ànno ottenuto *cessioni e rinunzie* esercitano *i dritti ipotecarii della moglie.* » Ma questo testo, sanzionando la convenzione, dandole una consecrazione legislativa che fin qui non aveva trovato in alcun testo, non la regolamenta che in taluni punti, lascia dunque sotto l'impero dei principii generali i punti dei quali non fa cenno. Ciò mostreremo trattando successivamente dell' obbietto e della natura della convenzione di cui qui si tratta, dei casi nei quali è permessa, delle diverse forme sotto le quali può prodursi, delle condizioni alle quali esiste legalmente e degli effetti che vi si rannodano.

450. Se àvvi poche convenzioni le quali sieno state più discusse di quella di cui qui trattasi sotto il punto di vista del fatto giuridico al quale esse rispondono (ved. infra, n. 471 e seg.) per lo contrario, non ve ne à alcuna il cui obbietto e la cui causa si concepiscano più facilmente.

Come abbiam già fatto presentire, le surrogazioni all'ipoteca legale si sono introdotte nella pratica come una specie di palliativo cui, in una certa misura, le prerogative inerenti ai dritti ed ai crediti delle donne maritate àn reso necessario. Appunto perchè l' ipoteca attribuita a questi dritti e crediti esiste indipendentemente da qualunque iscrizione o da qualunque segno esteriore che la manifesta e che grava l' intero patrimonio presente e futuro del marito, à dovuto avvenire che il credito di quest' ultimo è stato anticipatamente ostacolato o distrutto. I terzi che fossero stati disposti a contrattare con lei àn dovuto allontanarsene, finchè alcun mezzo non si è offerto per rassicurarli contro gli effetti di una ipoteca tanto più minacciante in quanto che, all'ultimo giorno, sino allo scioglimento della società conjugale ed alla liquidazione di essa, i dritti e crediti che garentisce sono in parte, o possono essere, ignoti o indeterminati. Alla convenzione oggidì designata sotto la denominazione di *surrogazione all'ipoteca legale* i pratici àn domandato questo mezzo. La moglie interviene e cede a colui che tratta con suo marito le sicurezze ipotecarie che alla tiene dalla legge, o le abdica rinunziandovi in favore di questo terzo. Le convenzioni della specie àn dunque per obbietto di favorire il credito del marito, o meglio di ristabilire quel credito che una rigorosa applicazione dei principii sull'ipoteca legale avesse compromesso o meglio annullato. Con ciò i terzi riprendono ogni sicurezza, chè surrogati ai dritti della moglie e ormai rassicurati contro gli effetti di una ipoteca generale ed occulta possono trattare col marito senza tema di vedere, avvenendone il caso, il loro pegno ipotecario totalmente assorbito da questa ipoteca di cui àn potuto supporre l'esistenza, ma di cui nulla indica nè gli effetti, nè la portata.

451. Vuolsi con ciò intendere che la moglie possa sempre trasmettere così il suo dritto ipotecario? No; ed a tal riguardo il testo medesimo della legge del 1855 non permette alcuna esitazione. « Nel caso, essa dice, *in cui le mogli possono* cedere la loro ipoteca legale o rinunziarvi...; » la legge suppone dunque esservi delle circostanze nelle quali la moglie non può fare la cessione o la rinunzia. Quali sono queste circostanze? Si è questa una quistione di capacità cui la legge non ha risoluta, nè ha voluto risolvere, perchè in ciò il pensiero dei redattori di essa è stato quello di attenersi ai principii generali. E di fermo lo articolo che, nel progetto presentato al Corpo legislativo corrispondeva all'art. 9 della legge, diceva in modo tutto assoluto « che le mogli non potrebbero cedere i loro dritti all' ipoteca o rinunziarvi se non mercè atto autentico, ec.» Ma la Commissione fece subire al progetto un mutamento di redazione che il Corpo

Legislativo ha poscia consacrato, e questo mutamento di redazione à avuto per oggetto appunto « di bene stabilire che la legge non aveva avuto per iscopo di modificare in che che sia la legislazione relativa ai dritti della donna maritata, in materia di cessione o di rinunzia ad un'ipoteca legale (1). » Fa dunque mestieri attenersi alle regole generali.

Ciò posto la moglie non può cedere l'ipoteca che garentisce le sue riprese o rinunziarvi, alloraquando è maritata sotto il regime dotale: qualunque surrogazione, la quale fosse in tal caso consentita, dovrebbesi considerare come inficiata di nullità assoluta; e noi non facciamo neppure eccezione pel caso in cui le riprese garentite dall'ipoteca fossero puramente mobiliari. La nullità in questo caso risulterebbe non solo da che essendo l'ipoteca un dritto immobiliare, come abbiamo più sopra stabilito (*ved.* n. 328), la moglie dotale sarebbe legata dalla disposizione dell'art. 1554, Cod. Nap., il quale vieta l'alienazione o la ipoteca degl'immobili in modo generale, ma ancora da che la dote mobiliare stessa, nell'ultimo stadio della giurisprudenza, essendo inalienabile al pari della dote immobiliare, ella non potrebbe fare una cessione dell'ipoteca, la quale altro non sarebbe che un'alienazione indiretta della dote garentita da tale ipoteca. Questa per altro è la soluzione dominante in giurisprudenza (2), e tanto più siamo disposti ad adottarla, in quanto che, a parer nostro, la stessa dote mobiliare, come abbiam tentato di assodare altrove (3) è inalienabile, *in massima*, non solo per parte della moglie, ma anche per parte del marito, e che soltanto rispetto a costui, il principio d'inalienabilità deve piegare in taluni punti e non fargli ostacolo nell'esercizio del dritto di amministrazione ch'egli tiene dalla legge.

Sarà lo stesso se, quantunque maritata sotto il regime della comunione, la moglie abbia messo, col suo contratto di matrimonio, una porzione del suo patrimonio sotto la protezione del regime dotale. Ben sappiamo che taluni autori, tra' quali lo stesso Marcadè, ànno molto energicamente contestato la possibilità di fondere insieme le due regole di associazione conjugale stabilite dal Codice Napoleone, ed ànno sostenuto che l'inalienabilità non può imprimersi su di una parte dei beni della moglie se non a patto che il regime dei conjugi sia quello dotale, o almeno che se i conjugi possono aggiungere al regime della comunione l'inalienabilità dei beni della moglie, non possono farlo che adottando, in quanto a questi beni, il regime dotale (4). Ma noi abbiam sostenuto con la quasi unanimità degli autori, nel trattato del *Contratto di Matrimonio* da noi pubblicato col Rodière (t. I, n. 78 e 79; t. II, n. 5 e 785) e persistiamo a credere che le due regole possono combinarsi e fondersi tra loro, nel senso che i conjugi possono stipulare maritandosi sotto il regime della comunione, che i beni della moglie saranno inalienabili come sotto la regola dotale.

Così essendo, conchiudiamo che in una simile situazione, la moglie non potrebbe, al pari di quella maritata sotto la regola puramente dotale, cedere l'ipoteca che garentisce quelli tra suoi beni ch'ella avesse colpiti di dotalità: la ragione di decidere sarebbe evidentemente la stessa.

Ciò è stato riconosciuto in una recente causa. Nella specie, il contratto di matrimonio dei conjugi stipulava il regime della comunione con la modifica che la futura si riserbava, per sè e suoi eredi, la facoltà, in caso di rinunzia alla comunione, di riprendere con privilegio e preferenza a tutti i creditori di detta comunione, i suoi conferimenti, e tutto ciò ch'ella giustificherebbe esserle ricaduto a qualunque siasi titolo, *e ciò anche pel caso in cui la futura sposa si fosse obbligata con suo marito, e pel caso in cui fosse stata condannata.* La corte di Caen e dopo di essa quella di Cassazione ànno veduto in cosiffatta convenzione *la stipula di un regime dotale parziale* e per conseguenza ànno deciso che la moglie o i suoi eredi avevano dovuto, in forza della clausola ed in quanto alle riprese alle quali si applicava, essere collocata sul prezzo degl'immobili del marito, *anche ad esclusione dei creditori verso i quali la moglie avesse contratta, con suo marito, una obbligazione solidale, surrogandoli nel beneficio della sua ipoteca legale* (5).

Non è al certo nostro intendimento di difendere la soluzione nella sua prima parte, vale a dire nella supposizione che à fatto considerare la clausola come racchiudente la stipulazione di un regime dotale parziale; a parer

(1) Ved. il rapporto del Belleyme.

(2) Ved. Corte di cass., 28 giug. 1840, 19 dic. 1827, 7 feb. 1845, 12 ag. 1846, 18 feb. e 26 ag. 1851 (J. P. 1852, t. II p. 12 e 13). Ved. pure Riom, 26 pratile anno 10; Parigi, 1 giug. 1809; Agen, 31 genn. 1821; Rouen, 18 ag. 1829; Parigi, 19 ag. 1831; Grenoble, 8 mar. 1834, Caen, 15 lug. 1818; Rennes, 25 genn 1819 — Vedi non pertanto Lione, 16 lug. 1840.

(3) Ved. Riv. crit., t. III, p. 655 e seg.

(4) Ved Troplong (Contr. di Matr. n. 79 e 159), Rattur (Comm., t. II, n. 319), Marcadè (art. 1497, n. 4. e Riv. crit., t. I, p. 224).

(5) Rig., 7 feb. 1853 (Dall., 53, 1, 114).

nostro, il regime dotale non può stabilirsi su di una disposizione sì poco esplicita come quella di cui qui trattasi... Senza dubbio l'art. 1392, Cod. Nap. non impone termini sacramentali per costituire un tal regime, ma almeno esige una espressa dichiarazione, or davvero non si trova questa espressa dichiarazione in una clausola la quale, considerata secondo l'insieme della convenzione (art. 1161, Cod. Nap.) poteva tutt' altrimenti intendersi che come implicante una stipulazione di dotalità; chè eravi una convenzione generale, la quale stabiliva la comunione ridotta agli acquisti e quindi un'associazione in cui la moglie, sia che accetti la comunione (art. 1431 o 1483); sia che vi rinunzii (art. 1494) ha appunto il dritto di esigere dal marito che restituisca il conferimento franco e libero di debiti, anche da quelli ai quali essa è personalmente obbligata. È permesso di pensare che la convenzione non diceva nulla di più, e certissimamente la Corte di Caen il cui arresto è stato mantenuto dalla Corte di cassazione non vi avrebbe veduto altro, se non avesse ceduto in questa circostanza ad una specie di pregiudizio speciale alla Normandia, in cui sembra che le clausole di simil genere siensi immaginate per riprodurre il più possibile le disposizioni dell'antica consuetudine normanna. È un punto che noi abbiamo cercato dimostrare altrove (1) e sul quale sarebbe fuori proposito di qui insistere. — Ma quello che prendiamo dalla decisione si è la conseguenza nella quale essa si riassume; e diciamo che, dal momento in cui la dotalità era ammessa in massima come risultante dalla clausola, la conseguenza doveva essere la nullità delle surrogazioni consentite dalla moglie alla sua ipoteca legale, perchè la stipulazione dal contratto di matrimonio così intesa dovevasi considerare come traente seco per la moglie incapacità di obbligarsi sull'ammontare delle sue riprese e appunto perciò di cedere l'ipoteca la quale garentisce tali riprese o rinunciarvi. Sotto questo punto di vista, la Corte di Caen aveva ragione di dire che il creditore surrogato indarno obbiettava, che non solo la moglie erasi obbligata verso di lui, ma ancora ch'essa gli aveva ceduto i suoi dritti e le sue riprese, surrogandolo nell' effetto della sua ipoteca legale, chè questo non era se non un mezzo di esecuzione il quale non poteva produrre maggior effetto dell' obbligazione stessa, di cui non era se non l'accessorio, senza di che sarebbe stato troppo agevole di eludere la clausola del contratto di matrimonio, vale a dire la dotalità, da cui erano affette le riprese della moglie.

452. Sono questi i soli casi virtualmente riservati dall'art. 9 della legge del 23 marzo 1855, quelli nei quali la moglie non può cedere la sua ipoteca legale o rinunziarvi; in entrambe le situazioni, in quella in cui si tratta di una dotalità parziale aggiunta al regime della comunione preso per base della società conjugale, ed in quella in cui si tratta della dotalità stipulata in modo generale ed assoluto, l'indisponibilità dei beni dotati reagisce sulla persona stessa e trae seco una specie d'incapacità o meglio una impotenza personale e legale, tale che la moglie non può in modo alcuno, sia direttamente, sia indirettamente, disporre di questi beni o alienarli. Ma questo è tutto; ed in tutt' altra situazione, la donna maritata gode di una capacità generale di obbligarsi che le permette di fare validamente le convenzioni di cui qui trattasi. Epperò maritata sotto la regola della comunione, ella può incontestabilmente cedere la sua ipoteca, o rinunziarvi; essa lo può del pari, se la esclusione di comunione siasi stabilita senza stipulazione del regime dotale; lo può ancora nel caso di separazione convenzionale di beni; lo potrebbe altresì sotto il regime dotale, finchè l' ipoteca ceduta dalla moglie garentisse riprese di sommo non compreso nella costituzione dotale stipulata nel contratto di matrimonio (2).

453. Arrogi che sotto quest'ultimo regime la cessione della sua ipoteca per parte della moglie varrebbe in modo assoluto ed anche in quanto la ipoteca garentisse le riprese dotali, se la moglie si fosse riservata, col suo contratto di matrimonio, la facoltà di alienare i suoi beni dotali, di ipotecarli, di contrattare e transigere su di essi. Non vogliamo certamente dire, che, in vista di una riserva così estesa, qualunque obbligazione contratta dalla moglie tragga seco di pieno dritto affezione dei suoi beni dotali alla sicurezza delle sue obbligazioni. La Corte cassazione consacrando la dottrina esposta nel trattato del *Contratto di Matrimonio*, da noi pubblicato col Rodière (3), ha deciso che, in questo caso, il creditore al quale non siasi ceduta alcuna ipoteca dalla moglie non può ripetere, sui beni dotali di costei, l'esecuzione delle obbligazioni da lei contratte a suo pro (4). Ma alloraquando la moglie dotale, alla quale il suo contratto di matrimonio ha riserbato estesi poteri, come quelli che qui

(1) Ved. Riv. crit., t. IX, p. 532 e seg.
(2) Ved. Riom, 22 dic. 1846 (Dev., 45, 2, 193).

(3) Ved. t. II, n. 502, p. 384.
(4) Req., 3 apr. 1850 (Dev., 49, 1, 385).

supponghiamo, rinunzia espressamente alla sua ipoteca legale a pro del creditore verso il quale essa si obbliga, o al quale garentisce la obbligazione contratta da suo marito, noi diciamo che essa si avvale appunto della riserva contenuta nel contratto di matrimonio ed in conseguenza dispone in favore del creditore delle sicurezze ipotecarie ch' essa teneva dalla legge, anche quando queste sicurezze garentissero le sue riprese dotali. La giurisprudenza nonpertanto non è unanime: vi sono arresti in questo senso ed arresti in senso contrario (1), e la Corte di cassazione sembra farne una quistione d'interpetrazione; chè noi troviamo due recenti arresti emananti uno dalla Camera civile, l'altro da quella delle inchieste e dai quali risulta: da una banda che la clausola di un contratto di matrimonio permettente alla moglie dotale di *alienare* ed *ipotecare* i suoi beni dotali può, per interpretazione della volontà delle parti, considerarsi come traente seco a pro della moglie la facoltà di alienare i suoi mobili del pari che gl'immobili e *quindi di surrogare nella sua ipoteca legale*, dall'altra parte, al contrario che la facoltà lasciata dal contratto di matrimonio ad una donna maritata sotto la regola dotale di *vendere*, *permutare* ed *ipotecare* i suoi beni dotali, non comprende il dritto di sorrogare un creditore di suo marito negli effetti della sua ipoteca legale (2). Noi crediamo che, intendendolo così, la Corte di cassazione abdica la sua autorità. Allorchè la moglie dotale si riserba in modo generale il dritto di alienare i suoi beni dotali e di ipotecarli, evvi una formale derogazione, col contratto di matrimonio, al principio della inalienabilità della dote. Debb' essere di questa derogazione come di quella che la legge stessa crea in taluni determinati casi, p. es. quando trattasi del collocamento dei figli (Cod. Nap. art. 1555 e 1556), o di far uscire il marito o la moglie da prigione, di fornire gli alimenti alla famiglia, ec. (art. 1558). Or la stessa Corte di cassazione decide, *in massima*, che il potere di dare i suoi beni dotali, con l'autorizzazione del marito, conferito alla moglie dalla legge, p. es. pel collocamento dei loro comuni figliuoli, può esercitarsi con tutti i mezzi diretti o indiretti tali da procurare a facilitare questo collocamento, e specialmente col mezzo della rinunzia per parte della moglie alla sua ipoteca legale per garenzia di una obbligazione contratta in vista del collocamento dei figli (3). *In massima* altresì la quistione debbesi risolvere, alloraquando il potere di alienare o di ipotecare è riserbato alla moglie col suo contratto di matrimonio e debb' essere risoluta nel senso della surrogazione, da una banda perchè anche allora evvi derogazione alla regola della inalienabilità della dote e da un'altra banda perchè è più che difficile di comprendere che avendo piena capacità per ipotecare il suo immobile dotale, la moglie non abbia appunto perciò capacità per cedere la sua ipoteca legale o rinunziarvi (4).

451. Del resto in tutti i casi in cui la moglie può cedere la sua ipoteca legale o rinunziarvi, è uopo sotto il rapporto della forma la quale solamente ne occupa in questo momento, distinguere la cessione o la rinunzia consentita dalla moglie dalla restrizione d' ipoteca preveduta e regolata dagli art. 2144 e 2145, Cod. Nap. In quest' ultimo caso, trattasi pel marito di ottenere la liberazione di una parte dei suoi beni dalla ipoteca generale che li grava tutti, e di far restringere questa ipoteca ad immobili sufficienti per la totale conservazione dei dritti della moglie la legge vuole allora proteggere la moglie: contro la propria debolezza o temendo gli effetti del predominio maritale, non crede potersi contentare del consenso della moglie, essa esige inoltre l'avviso di quattro suoi più prossimi parenti e la omologazione del tribunale, (*ved. infra*, art. 2144 e 2145). Siffatte formalità non sono richieste per la validità delle cessioni e rinunzie di cui qui parliamo, checchè ne abbiamo detto taluni arresti, i quali entrando in un sistema di distinzioni e determinandosi mercè valutazioni di fatto molto difficilmente valutabili, non dichiarano la surrogazione dispensata dalle formalità di che trattasi se non sol quando la moglie è obbligata o per lo meno *interessata* alla soddisfazione della obbligazione garentita dalla surrogazione (5). Fa mestieri dire per lo contrario ed in modo assoluto, non doversi mica considerare l'interesse che può aver la moglie al pagamen-

(1) Ved. Lione, 30 genn. 1840; Caen, 18 nov. 1851 e 8 giug. 1852 (*J. P.*, 1840, t. II, p. 270, e Racc. di Caen, 1851, p. 301). — Ma ved. Riom, 22 dic. 1856, (Dev., 46, 2, 195).

(2) Req. 1 luglio 1853 (*J. P.*, 1853, t. II, p. 521); Rig., 16 dic. 1855 (*J. P.*, 1857, t. I, p. 328).

(3) Req., 1 aprile 1815 (*J. P.*, 1815, t. I, p. 533). Conf Troplong (Cont. di matr. o. 3352).

(4) Ved. in questo senso Bertauld (loc.cit., n.36); Marton (n. 931).

(5) Ved. Cass., 9 nov. 1822; Nancy, 24 nov. 1825; Parigi, 11 dic. 1834. Le Corti di Metz e di Pau dimandavano che la legge fosse riformata in questo senso al tempo dell'inchiesta amministrativa del 1841. (Ved. doc. ip., t. II, p. 279 e 329).

to dei creditori surrogati: dacchè essa cede la sua ipoteca legale ad un terzo, vuoi che obblighi sè stessa, vuoi che suo marito si obblighi solo, gli art.2144 e 2145 più non sono a considerare, chè essi sono scritti in vista di un'altra ipotesi, che è la riduzione d'ipoteca consentita durante il matrimonio *a pro del marito soltanto*; in questa ultima è sufficiente che trattisi di contratti reali, che la moglie consenta e che sia assistita da suo marito o debitamente autorizzata, Cod. Nap., art. 217 (1).

Nonpertanto è uopo che la moglie consenta con conoscenza di causa ed in vista di un affare speciale e determinato. Qualunque surrogazione avesse il marito consentita in nome della moglie, in virtù di una procura generale, sarebbe priva del carattere di specialità richiesto per la validità di essa (2).

455. La convenzione mercè la quale la moglie abbandona, condizionalmente almeno, le sue sicurezze ipotecarie, in tutto o in parte a pro dei suoi creditori, o di quelli di suo marito, assume in pratica forme diverse. Nulla di meno in generale la convenzione si stabilisce e si rannoda mercè una cessione o una rinunzia; e ciò riassumo la legge del 23 marzo 1855 nell'art. 9 di sopra riprodotto dicendoci: « Nel caso in cui le mogli possono cedere la loro ipoteca legale o *rinunziarvi*, questa *cessione* o questa *rinunzia* debb'esser fatta in atto autentico. . . » In merito, la cessione e la rinunzia convengono fra loro in molti punti; si può anzi dire che sieno equivalenti; il vedremo ben presto nell'occuparci degli effetti della convenzione. Ma per ora soffermiamoci alla forma e precisiamo taluni punti che si rannodano sotto tal rapporto alle due ipotesi prevedute dalla legge.

456. La convenzione producesi in pria in forma di una cessione. L'oggetto allora può essere più o meno esteso. A tal riguardo è uopo riportarsi a quanto abbiam detto più sopra nel trattar della natura dell'ipoteca e dei caratteri di essa (*supra*, n. 334). Si è veduto che la cessione può aver per obbietto, vuoi il credito stesso, vuoi il dritto di anteriorità, vuoi semplicemente l'ipoteca staccata dal credito. Quanto abbiamo il detto in modo generale si applica specialmente alle surrogazioni all'ipoteca legale.

457. Epperò la moglie potrà cedere ad un terzo il credito che à verso suo marito, ciò avviene alloraquando viene a dichiarare, in una obbligazione, ch'ella fa cessione, a titolo di garenzia, delle sue riprese e dritti matrimoniali a pro del creditore verso il quale si obbliga: in questo caso l'ipoteca, semplice accessorio, trovasi compresa nella cessione del credito al quale continua a rimanere annessa. Nonpertanto si è sostenuto il contrario, dopo la legge del 23 marzo 1855, sotto il pretesto che l'art. 9 di questa legge « avendo passato sotto silenzio la cessione delle riprese matrimoniali ben note ai membri della commissione, e non avendo parlato che dell'ipoteca legale, vi sarebbe in ciò la implicita condanna di questa cessione (3) ». Non dobbiamo però arrestarci a questa opinione. La legge parla della *cessione dell'ipoteca legale* o della *rinunzia* a questa ipoteca, perchè considera l'effetto della convenzione che è, non già la estinzione della *ipoteca*, ma il passaggio di questa sicurezza dalle mani della moglie in quelle dei creditori surrogati; essa altro non ebbe in mira e specialmente non à pensato a proscrivere il tale o tal altro modo, secondo i quali la convenzione erasi prodotta sino ad essa. In ciò come in tutto quel che concerne i dritti della moglie, i redattori della legge àn voluto astenersi da ogni innovazione, e l'àn dichiarato nel modo più espresso, (*ved. supra*, n. 450.). Or la moglie maggiore à certamente il dritto, in tutti i casi in cui la regola matrimoniale da lei adottata non vi fa ostacolo, di cedere i suoi crediti o le riprese e i dritti matrimoniali che ha verso suo marito. Supponghiamo dunque ch'ella si avvalga di siffatto dritto. Si dirà forse che l'ipoteca è estinta? No certamente; chè l'obbligazione principale sussiste; soltanto essa ha cangiato mani. E se l'ipoteca non è estinta, ove dunque può essere, se non con l'obbligazione principale cui essa garentisce?..

458. Invece di cedere il suo credito, la moglie potrà cedere il suo dritto di anteriorità: ciò avviene tutte le volte che, contrattando con un creditore *ipotecario* di suo marito, ella consenta, a titolo di garenzia, di far profittare del suo rango di donna maritata il credito garentito, e di vedere, tutto che posteriore in data,

(1) La giurisprudenza e la dottrina sembrano ora fissate in questo senso. Ved. Cass., 28 luglio 1823, 24 nov. 1838 e 30 luglio 1843; Metz, 13 luglio 1829; Lione 13 apr. 1832, 21 dic. 1840; Bordeaux, 7 apr. 1834; Orleans, 28 feb. 1844; Douai, 20 maggio 1851; (Dev. 44, 2, 540; 45, 1, 711; J. P., 1852, t. I, p. 198). Ved. pure Duranton (t. XX, n. 72), Zachariae (t. II, p 198, nota 19), Troplong (n. 602 e 613 bis).

(2) Cass., 18 marzo e 19 maggio 1840, 19 giugno 1844 (J. P., 1840, t. I, p. 424; t. II, p. 489; 1841, t. II, p. 349).—Ved. pure Demolombe (t. IV, n. 267).

(3) Ved. Grosse (Comm. o spieg. al punto di vista pratico della legge del 23 marzo 1855, n. 274).

pagato questo creditore, pria di lei, sul prezzo degl'immobili appartenenti a suo marito. Così Paolo ed Eugenia si sono maritati il 20 gennaio 1850; Eugenia ha per conseguenza, a causa della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali, una ipoteca legale che prende rango a questa data (art. 2135). In gennaio 1851, Paolo toglie a mutuo 10 mila fr. da Giuseppe e gli conferisce una ipoteca che è immediatamente iscritta, in marzo seguente ottiene un'altra somma di 10 mila fr. da Pietro, che prende del pari iscrizione senza ritardo: infine in luglio 1851 à bisogno di altri 10mila fr. e li toglie a prestito da Giacomo. Ma costui temendo di non trovare un pegno sufficiente negl'immobili di Paolo, a causa degli oneri da cui sono gravati, non consente a prestare se Eugenia non intervenga all'atto e non dismetta in suo favore la preferenza che le accorda la sua ipoteca legale. Eugenia consente ed in conseguenza, mentre suo marito conferisce a Giacomo una ipoteca convenzionale per assicurargli il rimborso dei suoi 10 mila fr., ella dichiara che per questi 10 mila fr. ella cede a Giacomo il dritto di anteriorità risultante dalla sua ipoteca legale. Conchiusa così la convenzione, Giacomo prende in data del 20 luglio 1851 le inscrizioni necessarie alla conservazione del suo dritto. In questa posizione, se gl'immobili di Paolo sono espropriati, la collocazione sarà fatta in modo che Giacomo prenderà a causa dei suoi 10 mila fr. il posto di Eugenia e passerà pria della stessa Eugenia e pria di Giuseppe e di Pietro, tutto che costoro abbiano ottenuto una ipoteca convenzionale anteriore a quella di Giacomo. — Tale è la cessione di anteriorità; essa costituisce come si vede, una semplice inversione di rango tra la moglie che cede il suo e il creditore di cui viene a prendere il posto, e per conseguenza suppone necessariamente che il cessionario sia egli stesso creditore *ipotecario*, vale a dire che avvenendo il caso in cui gl'immobili del marito fossero venduti o espropriati, il cessionario avrebbe dal suo canto un *rango* fra creditori aventi *un dritto di preferenza* sul prezzo. Ciò è evidentissimo, poichè non è possibile concepire una convenzione di anteriorità, una convenzione implicante inversione di rango tra due persone, di cui l'una non abbia al pari dell'altra, al momento della convenzione, un rango da dare in cambio di quello che riceve.

459. Da ultimo la moglie potrà, conservando il suo credito, cedere la sua ipoteca soltanto; ciò avviene quando l'ipoteca legale è staccata dal credito, il quale, da ipotecario che era, può esser ridotto per l'insufficienza del pegno ai semplici effetti di un credito chirografario, sol perchè l'ipoteca legale va ad aggiungersi ad un altro credito, il quale cessa di essere chirografario per divenire ipotecario. P. es. Paolo à conferito varie ipoteche sui suoi immobili; in seguito avendo un figlio da collocare, manca perciò di denaro, e gli presta una somma di 10 mila fr. senza stipulare alcuna sicurezza particolare. Ma Eugenia moglie di Paolo non vuole che questo debito di suo marito, il quale fino ad un certo punto è altresì il suo, poichè esso ha avuto per causa il collocamento di un loro comune figliuolo, corra il rischio di non rimaner pagato; in conseguenza essa mi cede l'ipoteca che garentiva le sue riprese verso suo marito. In questa situazione se Paolo vende i suoi immobili o se è espropriato, avverrà ch' io sarò pagato in preferenza dei suoi creditori ipotecari in quanto questi saran primeggiati dall'ipoteca legale di Eugenia, la quale assimilata nella graduazione ad un creditore senza ipoteca nella misura dei miei 10 mila fr. e non potendo indennizzarsi in pregiudizio degli altri creditori iscritti, non avrà dritto al prezzo, almeno in quanto a questi 10 mila fr. (*infra* n. 480), che sol quando rimanga qualche cosa dopo soddisfatti gli oneri ipotecarî.

Tale è la cessione di ipoteca. Dal che vedesi che uno dei comentatori della recente legge del 23 marzo 1855 prende abbaglio, allor quando dopo avere spiegato che la cessione d'ipoteca è sanzionata dall'art. 9 di questa legge ed è al coverto da qualunque rimprovero, purchè sia fatta nei casi in cui la moglie ha capacità per consentirla, viene alla conclusione che la cessione non varrebbe se il credito del cessionario fosse puramente cartolario(1). Ciò è contraddittorio o meglio è una manifesta confusione nella quale si eviderà di cadere, ponendo mente che la cessione d'ipoteca è tutt'altra cosa che la cessione di anteriorità, e che uno dei lati, mercè i quali l'una dall'altra distinguesi è appunto, che la prima può aver luogo in favore di un creditore semplicemente chirografario, mentre che la seconda non può farsi che a pro di un creditore, il quale avendo già un'ipoteca è in grado di permutare il rango che tiene da questa ipoteca con quello che appartiene all'ipoteca del suo cedente (2).

460. La surrogazione all'ipoteca legale può avvenire, in secondo luogo, per la via della semplice rinunzia. È la seconda ipotesi pre-

(1) Ved. Grosse (loc. cit., n. 275 e 276).
(2) Ved. Martou (n. 932), Benech (il pegnoramento applicato ai dritti della moglie p. 40, 41).

veduta o indicata nell' art. 9 della legge del 23 marzo 1855. La legge suppone che la moglie, invece di fare della sua ipoteca l'obbietto di una cessione diretta, si limita a rinunziarvi in favore di un creditore del marito e consacrando anche in ciò i dati della pratica, ritiene la rinunzia come implicante surrogazione all' ipoteca legale della moglie rinunziante. Ma vi son qui due punti a precisare: uno, il quale concerne la qualità delle persone a pro delle quali può farsi la rinunzia; l'altra molto più grave che concerne la forma e gli atti costitutivi della rinunzia.

461. Sotto il primo rapporto si è domandato se la rinunzia per parte della moglie alla sua ipoteca legale potrebbesi fare in favore di un creditore anche chirografario del marito. I dotti annotatori dello Zachariae, Aubry e Rau, si pronunziano per la negativa. Secondo essi, il creditore puramente chirografario a pro del quale la moglie avesse rinunziato alla sua ipoteca legale non acquisterebbe alcun dritto d'ipoteca in conseguenza di tale rinunzia, la quale non gli conferirebbe se non un dritto personale contro la moglie, di guisa che tutti i creditori chirografarii a pro dei quali avessero avuto luogo simili rinunzie, troverebbonsi sulla stessa linea, quale che fosse la data della rinunzia di cui si prevarrebbero. Ed al contrario, ove la moglie rinunziasse all' ipoteca legale nell' interesse di un creditore ipotecario del marito, la rinunzia trarrebbe seco virtualmente, in favore di questo creditore, cessione della priorità del rango ipotecario appartenente alla moglie, di guisa che il dritto di priorità che formerebbe l' obbietto di questa cessione, venendo ad incorporarsi ad un diritto di ipoteca preesistente, parteciperebbe necessariamente della natura di questo dritto reale, e quindi la moglie più non potrebbe neutralizzarne gli effetti con novelle rinunzie (1). Lo Zachariae sembra esser di diverso parere alloraquando dice « che la donna maritata sotto tutt' altra regola che la dotale perde il beneficio della sua ipoteca legale... *quando vi à rinunziato a pro di uno* o più creditori del marito (2) », proposizione di cui niuna riserva limita la portata e che per la sua stessa generalità sembra escludere qualunque distinzione tra il caso in cui la rinunzia della moglie è fatta nell' interesse di un creditore ipotecario e quello in cui ha avuto luogo a pro di un creditore chirografario. — Checchè ne sia, noi pensiamo non esservi in effetti possibile distinzione. La rinunzia che la moglie può fare in favore del creditore ipotecario del marito, la può fare ugualmente a pro di un creditore chirografario; evidentemente non v' à alcuna impossibilità legale a che la ipoteca cui la moglie abbandona mercè la sua rinunzia vada ad aggiungersi ad un credito puramente cartolario. La *rinunzia* della moglie alla sua ipoteca legale non è necessariamente l' equivalente della *cessione di anteriorità*, di cui parlavamo poc'anzi: essa può assimilarsi, vuoi alla *cessione del credito* ipotecario della moglie, vuoi alla *cessione dell' ipoteca* soltanto. Or noi sappiamo che entrambe le cessioni possonsi fare nell' interesse di tutti i creditori del marito, tanto chirografarii, quanto ipotecarii (3).

462. Sotto il secondo rapporto dobbiam dire che la rinunzia operando surrogazione all' ipoteca legale della moglie, può essere espressa o tacita. Tutto che la legge del 23 marzo 1855 più non ammetta surrogazione, se non quando risulti da un atto *autentico*, come si è veduto dal testo più sopra riprodotto, i due modi sono mantenuti, e pria come dopo la legge del 1855, è vero il dire che la moglie può rinunziare alla sua ipoteca legale in favore dei creditori del marito, vuoi espressamente, vuoi tacitamente, a patto in ambo i casi che l' atto attestante la rinunzia, o dal quale la si vuol dedurre, sia in forma autentica (*Ved. infra*, n. 468 e 469).

Alloraquando la rinunzia è espressa, non v' è equivoco possibile; niun dubbio può sorgere, non pur su gli *effetti* della rinunzia (tra breve vedremo, parlando degli effetti della surrogazione, niuna cosa aver dato luogo a maggiori discussioni quanto questa), ma sull' *obbietto* di essa. Chè non potrebbesi prendere abbaglio sullo scopo cui le parti si propongono con un atto nel quale la moglie dichiara espressamente rinunziare in favore del tale o tal altro creditore all' ipoteca ch' ella ha sui beni di suo marito; gli è aperto che con ciò si spoglia delle sicurezze ipotecarie che la legge le accorda.

È tutt' altrimenti in quanto concerne la rinunzia tacita. Essa è allora nel dominio dell' induzione; è mestieri valutar l' atto dal quale si pretende farla risultare e decidere se le obbligazioni che si sono assunte dalla moglie implichino dal suo canto la volontà di rinunziare alla sua ipoteca legale e di

(1) Ved. Aubry e Rau su Zachariae (t. II, p. 214, nota 2).
(2) Ved. Zachariae (t. II, p. 130).

(3) Ved. Bertauld (loc. cit., n. 17) e Benech (loc. cit., n 22).

surrogarvi tacitamente il creditore verso il quale si è obbligata. Questa necessità di interpretazione non poteva non far sorgere gravissime difficoltà. Non pertanto per quanto sia stata animata la controversia, essa si è ristretta in un campo ben angusto, e ciò a motivo che, in generale, le circostanze dalle quali si è dedotta o tentato dedurre, nella pratica, la rinunzia all'ipoteca legale sono in definitiva ben poche e si sono riprodotte presso che invariabilmente; esse sono sempre, o l'obbligazione solidale della moglie, o il concorso di lei, vuoi alla vendita, vuoi all'affezione ipotecaria di un immobile del marito o della comunione; o da ultimo il suo intervento ad una obbligazione assunta dal marito con affezione ipotecaria, senza concorso dal canto di lei alla costituzione dell'ipoteca. — Riprendiamo queste circostanze, seguendone le vicende che a lor volta àn subito nella giurisprudenza.

463. Allorchè la moglie si obbliga solidalmente con suo marito verso un creditore al quale non à accordata ipoteca, gli è aperto non esservi luogo a prestarle necessariamente l'idea ch'ella rinunzii alla sua ipoteca legale; ella può essere determinata dal desiderio di consolidare il credito di suo marito, o di aumentarlo conferendovi il concorso del suo proprio credito. Si è deciso nonpertanto in varie riprese o dalla stessa Corte di cassazione, che la surrogazione all' ipoteca legale della moglie, la quale si obbliga solidalmente con suo marito, risulta dalla natura medesima dell' obbligo solidale contratto dalla moglie; che una simile obbligazione è l' equipollente di una cessione dei dritti ipotecarii della moglie verso suo marito, talmente che la moglie null' altro può fare in pregiudizio del creditore verso il quale si è obbligata, vuoi avvalendosi ella stessa dell' ipoteca legale, vuoi trasferendo il beneficio ad un altro creditore (1). In ciò la giurisprudenza sconosceva al certo e nel modo più grave la portata di un' obbligazione la quale, per essere solidale, non cessa di essere personale: a quest' ultimo titolo la obbligazione ben può conferire al creditore verso il quale è assunta il dritto di pegno generale risultante dagli art. 2092 e 2093 comentati più sopra ai n. 1 a 20: per conseguenza può permettere a questo creditore di esercitare i dritti della moglie, sua debitrice, nella graduazione aperta sul prezzo dei beni del marito, e di concorrere con tutti gli altri creditori chirografarii nella ripartizione del montare della collocazione; ma essa lascia certamente intatti nelle mani della moglie i dritti risultanti dalla sua ipoteca legale, e non implica in modo alcuno rinunzia a quest'ipoteca anche rispetto al creditore, verso il quale la moglie si è personalmente obbligata. Epperò la giurisprudenza si è beupresto ravveduta, ed oggidì decide invariabilmente che l' obbligo personale e solidale della moglie con suo marito non trae seco sorrogazione del creditore nell' ipoteca legale della moglie (2) ed altresì che la sentenza di condanna cui questo creditore potesse in seguito ottenere contro il marito e la moglie e che gli conferisse contro costoro l' ipoteca giudiziaria, non gli farebbe acquistare simile surrogazione (3). Siffatta giurisprudenza è sostenuta dalla generalità degli autori (4); essa è fondata oltre ogni credere e v'è luogo a considerarla come deffinitivamente assodata.

464. Per lo contrario, allora quando la moglie interviene all' atto o si obbliga solidalmente con suo marito, *il quale conferisce una ipoteca sui suoi beni* o per conseguenza sui beni gravati dall' ipoteca legale della moglie, evvi tacita rinunzia. In tal caso potrà esser quistione di sapere, se questa obbligazione non sia l'equivalente di una cessione espressa e diretta dell' ipoteca legale, e se tragga seco di pieno dritto surrogazione del creditore all' ipoteca legale della moglie sui beni del marito, o se abbia unicamente per effetto di trar seco una semplice rinunzia dal canto della moglie alla priorità del rango dell' ipoteca legale sulla ipoteca convenzionale consentita con lo stesso atto a pro del creditore. Evvi su di ciò grave dissenso, e noi daremo tra non guari le nostre spiegazioni, trattando degli effetti della surrogazione (n. 476 e 477). Ma in deffinitiva sul punto che qui ne occupa, in quanto concerne la valutazione delle circostanze o degli atti implicanti rinunzia dal canto della moglie alla sua ipoteca legale, non v'è equivoco possibile e molto meno controversia. È ben evidente che la moglie rinunzia in una misura qualunque alla sua

(1) Ved. Limoges, 2 giugno 1823; Rig., 17 aprile 1827 o 2 aprile 1829; Lione, 24 maggio 1830 (Dev., 30, 2, 332). Ved. pure Rig, 31 maggio 1826; Bourges, 4 marzo 1831 (Dalloz, 31, 2, 166).

(2) Colmar, 23 agosto 1842; Orléans, 24 maggio 1848 e 12 lug. 1854; Parigi 8 apr. 1831 o 8 apr. 1833 (*J.P.*, 1843, t. I, p. 107; 1848, t. II, p. 37; 1851, t. II, p. 231; 1856, t. I, p. 161 e 185).

(3) Cass., 27 novembre 1834, o Parigi, 2 genn. 1836 (Dev., 36, 2, 149).

(4) Ved. Duranton (t. II, num° 145), Troplong (n° 613), Gauthier (*Della Surrog. pers.*, n° 385), Benech (*loc. cit.*, n° 24).

ipoteca, o che si reputa rinunziarvi pel fatto stesso, allorchè viene ad obbligarsi solidalmente con suo marito, in un atto mercè il quale costui conferisce ipoteca al suo creditore; in questo caso più non potrebbe essergli permesso di fare checchesia di nocivo ai dritti di cui, per effetto della sua obbligazione solidale, ella ha garentito l'esercizio al creditore verso il quale ai è obbligata, e se volesse esercitare la sua ipoteca in pregiudizio di quella da lei conferita al creditore, sarebbe inevitabilmente respinta dalla massima *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Evvi dunque in ciò una tacita rinunzia, una rinunzia di cui gli effetti saranno più o meno estesi, secondo che si prenderà l'uno o l'altro dei partiti che dividono le dottrine e la giurisprudenza, ma che non è meno una rinunzia. Del resto ciò risulta dall'insieme della giurisprudenza (1) e noi non possiamo che adottarne la soluzione, e d'accordo con essa non ammettiamo la distinzione proposta dal Benech, tra il caso in cui la moglie prenda parte ella stessa alla costituzione della ipoteca sui beni di suo marito e quello in cui si limita ad obbligarsi solidamente col marito nell'atto mercè il quale costui conferisce ipoteca(2). Dacchè il concorso della moglie e la sua obbligazione solidale nel secondo caso implicano rinunzia all'ipoteca legale, gli è evidente che la tacita rinunzia debba risultare *a fortiori* dal suo concorso e dalla sua obbligazione nel primo. A dir vero la moglie in questo caso conferisce ipoteca sui beni di cui ella non è proprietaria, ed in ciò contravviene all'art. 2125; dippiù sarebbe, come dice il Benech, nella via pericolosa dello stellionato, se il marito non ratificasse immediatamente (Cod. Nap. art. 2059). Ma ciò non potrebbe in nulla indebolire l'induzione che si desume dal concorso della moglie, chè supponiamo che l'affezione da lei consentita sia senza valore, che non valga neppure come garenzia dell'obbligazione ipotecaria consentita dal marito, resterà sempre che la moglie sarà concorsa all'atto col quale il marito à dato affezione ipotecaria sur immobili che, essendo sua proprietà, sono stati da lui validamente affetti; resterà sempre ch'ella ai sarà obbligata solidalmente con l'atto medesimo. Or secondo l'avviso di tutti e del Benech stesso, questo concorso e questa obbligazione solidale accompagnando la costituzione d'ipoteca del marito bastano e suppongono da sè soli la rinunzia.

465. Da ultimo, quel che diciamo del concorso della moglie ad una obbligazione assunta dal marito verso un creditore, è uopo dirlo, *in tesi generale*, del suo concorso ad un atto di vendita stipulato dal marito con un acquirente. E di fermo, allorchè la moglie concorre alla vendita di un immobile gravato dalla sua ipoteca legale, è difficile in tesi generale vedervi altro che una rinunzia. Ben si potrà discutere e si discute in fatti sulla estensione di tale rinunzia; si potrà contestare e si contesta in fatti che sia assoluta e segnatamente che operi anche rispetto ai creditori iscritti sull'immobile alienato e che tolga alla moglie il diritto ch'ella ha di farsi pagare *in preferenza* sul *prezzo* dovuto dal compratore (quistione che noi discuteremo *infra* n. 485, trattando degli effetti della surrogazione); ma rispetto all'acquirente e quanto al dritto di continuazione, in generale non si contesta e si ammette che la rinunzia è certa ed efficace. È l'applicazione della legge II. ff. *Quibus modis pignus solvitur*, in cui vedesi che la moglie la quale consente all'atto con cui il marito costituisce a sua figlia una dote ipotecata su beni già sottoposti all'ipoteca legale, reputasi far rilascio della sua ipoteca su questo bene; ovvero è l'applicazione della regola più generale fermata nella legge 158, ff. *de reg. jur.*, giusta la quale « *creditor qui permittit rem venire, pignus demittit* (3). »

Ma, come abbiam già fatto presentire, la rinunzia anche ristretta in questi limiti non debbesi dedurre dall'atto di alienazione se non quando il concorso della moglie a questo atto non può spiegarsi altrimenti che supponendo in lei la volontà di non prevalersi del suo dritto ipotecario verso l'acquirente. Allorquando la presenza della moglie al contratto di vendita si spiega mercè particolari considerazioni, allorchè essa ha una causa speciale, la quale rivela l'interesso tutto personale che ha la moglie di concorrere al contratto, la sua presenza ed

(1) Ved. Angers, 19 giugno 1823; Bourges, 19 magg. 1823; Metz, 4 giug. 1822; Req., 15 giug. 1825; Amiens, 17 marzo 1823, 19 dicemb. 1846 e 11 marzo 1834; Lione 15 marzo 1847; Caen, 9 febb. 1853; Parigi 24 agos. 1853; Req., 8 apr. 1854; Metz, 22 genn. 1856; Rig., 4 febb. 1856 (*J. P.*, 1847, t. II. p. 99; Dev., 48, 2, 230; 53, 2, 545; 34, 1, 521; Dalloz, 54, 2, 20; 36, 1, 61, 2, 152). — Ved. pure Troplong (n° 599 e 603), Gauthier (*loc. cit.*), Mourlon (*Delle Surrogaz.*, p. 612), Duranton (t. XX, n° 301), Benech (*loc. cit.*, n° 26), Bertauld (*loc. cit.*, n° 2 e segg., e n° 31).— *Junge*: Parigi 31 marzo 1853, Rig., 26 giug. 1855 (Dev., 53, 2, 337; 55, 1, 670).

(2) Ved. Benech (*loc. cit.*, n. 28).

(3) Ved. Parigi, 17 marzo 1854; Amiens, 3 marzo 1853 e 16 febb. 1854 (Dalloz, 54, 2, 121; 54, 5, 427, e 2, 148); Rig., 6. nov. 1855 (Dev., 56, 1 235),

il suo concorso non potrebbonsi a lei opporre dall'acquirente come implicanti rinunzia al dritto ipotecario.

La Corte di Cassazione si è recentemente pronunziata in questo senso (1). Nella specie i coniugi du Saillant avevano dichiarato in una delle clausole del loro contratto matrimoniale, in data del 7 nov. 1763 « dare a titolo di donazione pura e semplice tra vivi la metà di tutti e di ciascun loro bene, mobile ed immobile, dritti, nomi, ragioni ed azioni,presenti e futuri, esenti da qualunque debito o altro onere , anche dalla legittima dei figli, a quello dei figli maschi procreato dalla loro unione, che lor piacesse di scegliere e nominare , per raccogliere la loro donazione. » — Nel 1809 il padre donante vendetteal suo figlio primogenito le sue terre *du Saillant* e di *Comborn*, ed in seguito il 25 sett. 1810, il padre e la madre si riunirono per designare in un atto lo stesso figlinolo come beneficiario della donazione del 7 nov. 1763 e per fargli abbandono di tutti i loro dritti sulle terre *du Saillant* e di *Comborn*. In questo stato di cose, fu aperta una graduazione per la distribuzione dalla somma di 120 mila fr., prezzo mercè il quale le terre succennate eransi vendute al figlio primogenito. La madre, in allora vedova, fu collocata , in forza della sua ipoteca legale per la somma che formava il valore non impiegato della sua dote. Ma la sua collocazione fu impugnata dagli aventi dritto dal donatario, i quali dopo avere istituito un' azione tendente ad essere dichiarati proprietarii in forza della donazione del 7 nov. 1763 e dall' atto del 25 sett. 1810 , della totalità delle terre il cui prezzo era in distribuzione, tentarono di far mettere da banda l'ipoteca legale della madre donante , in quanto che costei aveva rinunziato a tale ipoteca colpendo gl' immobili litigiosi mercè la sua presenza al contratto di matrimonio,il quale racchiudeva la donazione tra vivi della metà dei beni dei conjugi a quello dei figli da nascere ch'essi sceglierebbero, e mercè la sua presenza all' atto ulteriore , in cui il figlio primogenito aveva ricevuto , in forza della donazione paterna, le terre *du Saillant* e di *Comborn*. S'invocava in appoggio di siffatta pretesa la legge succitata *Quibus modis pignus solvitur*: si eccepiva l'analogia del caso preveduto da questa legge con la specie, in quanto che la madre donando non solo assisteva, ma concorreva alla donazione fatta in comune dai conjugi ; si argomentava da che la stessa regola è ammessa dal nostro dritto, il quale non tollera che il creditore il quale ha figurato come parte contraente ad un atto di donazione possa in seguito recarvi ferita con l'esercizio dei suoi dritti ipotecarii. Non pertanto questo sistema fu respinto e doveva esserlo. La prescrizione della legge romana , ha detto la Corte di cassazione con tutta ragione e giustizia,è fondata su che il consenso della moglie non essendo necessario per la costituzione della dote , non è intervenuto se non per rilasciar l' ipoteca : ma questa ragione sparisce, allorchè la presenza della moglie al contratto ha motivi manifestamente estranei e contrarii a siffatta pretesa rinunzia ; or tali sono state le circostanze dalla causa. L' atto nel quale si è preteso trovare una tacita rinunzia, nella specie, è appunto il contratto di matrimonio in cui era costituita la dote della moglie pretesa rinunziante ; debbesi quindi presumere che avendo figurato in questo atto come futura sposa , ciò era per assodare i suoi dritti , anzi che per rinunziarvi. A dir vero , in questo stesso atto , i futuri conjugi fanno donazione della metà di tutti i loro beni presenti e futuri; ma queste due donazioni, tutto che sieno simultanee, sono nonpertanto distinte; la moglie non garentisce in modo alcuno la donazione di suo marito ; la sua assistenza in tal caso trae seco tanto meno rinunzia alla sua ipoteca,in quanto che i suoi beni presenti si limitavano alla dote garentita dalla sua ipoteca legale : ella avrebbe dunque invalidato la sua donazione, se mentre donava la metà della sua dote , avesse rinunciato all' ipoteca che ne assicurava il rimborso; e quindi la donazione contraddice la rinunzia tacita,lungi dal farla supporre.

Queste considerazioni sono decisive; esso dimostrano come, in qual senso ed in qual caso il concorso della moglie all'atto di alienazione trae seco rinunzia tacita alla sua ipoteca legale in favore dell' acquirente. E senza più oltre insistere sulla rinunzia considerata come uno dei mezzi, con l'aiuto dei quali si può produrre e si produce abitualmente la surrogazione all'ipoteca legale della moglie, indicheremo le condizioni mercè le quali una tale surrogazione esiste validamente oggidì e produce i suoi effetti.

466. La recente legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione ha fatto in ciò speciali innovazioni. Prima di essa gli autori e la giurisprudenza i quali, soli, nel silenzio del Codice avevano in certo modo organizzato la materia, lasciavano la convenzione libera da ogni regola. Senza riflettere che il primo interesse qui obbligato è quello della moglie e che in tutti i casi ella aveva d' uopo di

(1) Req., 30 giug. 1856 (Dalloz, 57, 1, 93).

essere protetta contro i possibili abusi del predominio maritale, non prescrivevano forma alcuna, e la moglie poteva cedere la sua ipoteca legale o rinunziarvi con atto in iscrittura privata del pari e non men validamente che con atto autentico.

Da un'altra banda senza ben penetrarsi del pensiero che le prerogative di cui gode l'ipoteca legale sono annesse piuttosto allo stato d'incapacità o di subordinazione del creditore che alla natura del credito, essi accordavano alla surrogazione nelle mani del surrogato gli stessi vantaggi dell' ipoteca legale nelle mani della moglie, in quanto che non subordinavano ad alcuna condizione di pubblicità l'efficacia delle surrogazioni consentite dalla moglie. Senza dubbio il creditor surrogato avova sempre un potente interesse a far noto il suo dritto, perchè in mancanza di ciò gl'immobili potevano uscire a sua insaputa dalle mani del marito senza che, rispetto a lui surrogato, i terzi acquirenti fossero in alcun modo tenuti; ed a causa di ciò si era soliti che il creditore iscrivesse a suo pro o nella misura del suo dritto l'ipoteca legale della moglie. Ma non era obbligato di farlo; e la giurisprudenza regolandosi su' principii del Codice voleva che, essendo integre le cose, il creditore surrogato all' ipoteca legale della moglie fosse, al pari di costei, dispensato dall'inscriversi; che tra'creditori surrogati la preferenza si regolasse con la data delle surrogazioni, senza tener conto dell' anteriorità del titolo o della iscrizione che le formalità della purga indicate dall' art. 2194, Cod. Nap. avessero sole per effetto di mettere la moglie in mora di prendere iscrizione (1). Di qui gl'inconvenienti e i pericoli che la facoltà di dritto di Strasburgo faceva rilucere, allorquando nell'inchiesta amministrativa del 1841 diceva: « . . . E non è tutto; rendendo l' efficacia delle surrogazioni consentite dalla moglie indipendente da qualunque inscrizione o menzione sul registro ipotecario, e regolandone la preferenza tra'diversi creditori surrogati con la sola data dei loro atti di surrogazione e senza tener conto del rango delle loro ipoteche, si espongono i terzi ad inevitabili inganni. E di fermo nulla toglie, che una moglie, la quale avrà già assorbito la sua ipoteca legale con occulte sorrogazioni, non possa procurarsi ancora del credito offrendo ad altri capitalisti di associarli al beneficio di tale ipoteca. Epperò avviene tutto dì, che i creditori quali credevano aver ottenuto una completa sicurezza mercè la surrogazione all'ipoteca della moglie, veggano svanita siffatta garenzia a causa di anteriori surrogazioni. »

Tale era lo stato delle cose; ognuno se ne è vivamente preoccupato in tutte le epoche in cui si è parlato della riforma ipotecaria; e la legge nuova non ha fatto a tal riguardo che porre in opera ed attuare i mezzi che, in queste diverse epoche, eransi proposti in un duplice interesse, quello della moglie e quello dei terzi, compromessi ad un tempo dall'antico stato delle cose. — In primo luogo essa à voluto che la moglie ormai non potesse cedere la sua ipoteca legale o rinunziarvi se non mercè atto autentico. Poscia ha formato, della facoltà che aveva qualunque surrogato di prenderu iscrizione a suo pro, una condizione necessaria della conservazione del suo dritto, ed a questa inscrizione, il cui obbietto era stato fino alla nuova legge quello di rivelare la esistenza dei dritti del surrogato, di renderli pubblici, essa à assegnato un duplice effetto: da una banda, quello di operare una specie d' investitura, consolidando sul capo del surrogato, rispetto ai terzi, la cessione o la rinunzia fatta in suo pro; dall'altro, quello di fissare in caso di concorso di più cessioni, l'ordine nel quale ciascun creditore eserciterà i dritti ipotecarii della moglie ai quali è stato surrogato.—Così dispone l'art. 9, il cui testo fu riprodotto al n. 449.

467. Notiamo in pria che, sebbene abbia avuto in mira altresì l' interesse della moglie, questo articolo, è uopo dirlo, ha avuto particolarmente per oggetto la sicurezza dei creditori. Riguardo a costoro adunque sono richieste la pubblicità e l'autenticità; l'inadempimento di queste condizioni non farebbe ostacolo a che la surrogazione producesse i suoi effetti tra la moglie ed il creditor surrogato. Ciò che ha fatto dire al Troplong che l'art. 9 non à utilità ed interesse, se non quando la moglie abbia fatto più cessioni, ma rimane senza effetto quando non v'à che un sol cessionario (2).

Veniamo ora alle difficoltà di applicazione di questo articolo, riserbando nonpertanto pel nostro comentario dell' art. 2135 quelle che concernono la formalità dell' inscrizione, per occuparci qui soltanto delle difficoltà attinenti alla natura dell' atto che ormai debbe constatare l' esistenza della surrogazione.

468. La legge nulla toglie ai mezzi, mercè

(1) L'ultimo stadio della giurisprudenza su questo punto trovasi riassunto in un arresto della Corte di Cassazione, che à preceduto di pochi mesi soltanto la pubblicazione della legge sulla transcrizione. Ved. Req., 13 nov. 1854 (Dev., 55, 1, 193). — Ved. pure Metz, 22 genn. 1856 (*J. P.* 1856, t. 1, p. 377); Req., 4 febb. 1856 (Dalloz, 56, 1, 61).

(2) Ved. Troplong (*Della Transcr.*, n. 342). — *Junge* Rivière e Huguet n. 390). — Ved. non pertanto Mourlon (*Riv. prat.*, t. 1, p. 289).

i quali può prodursi la surrogazione. Epperò essa avrà luogo, vuoi per via di cessione, vuoi per via di rinunzia, e giusta la legge del 23 marzo 1855, la rinunzia potrà essere espressa o tacita, come poteva esserlo pria. Ma occorrerà in tutti i casi ch'essa risulti da un atto autentico. L'autenticità dell'atto proteggerà la moglie la quale per difendersi avrà il soccorso delle forme solenni e anzi tutto gli avvertimenti ed i consigli dell' uffiziale pubblico che avrà dalla legge ricevuto la missione d'imprimere agli atti il carattere dell'autenticità; essa proteggerà del pari i creditori contro il pericolo delle antidate. Più non v'è dunque possibile surrogazione, o almeno opponibile ai terzi, se non sia autenticamente constatata. Così, se la surrogazione si produce per via di rinunzia, sarà mestieri che abbia luogo con atto autentico, vuoi se trattasi di una rinunzia espressa, vuoi se tacita. Se precede per via di cessione, l'atto dovrà essere autentico del pari, quale che sia l'obbietto della cessione; cioè o l' ipoteca soltanto, o il dritto di anteriorità, o lo stesso credito ipotecario.

469. In quest' ultimo punto nonpertanto la proposizione è vivamente contestata. Secondo taluni autori le formalità dell'articolo 9 non riguarderebbono, giusta i termini stessi di questo articolo, se non *la cessione dell'ipoteca*. Quelle che sono prescritte per *la cessione del credito* dalla disposizione dell'art. 1690 Cod. Nap continuerebbero ad osservarsi. Epperò, dicono questi autori, se la moglie surroghi o rinunzii alla sua ipoteca legale, sarà mestieri che il cessionario o il surrogato abbia in suo favore un titolo autentico e prenda iscrizione a suo pro, o faccia fare una menzione in margine della iscrizione esistente per essere investito rispetto ai terzi. Se la moglie ceda il suo credito ipotecario, basterà un atto sotto privata scrittura e una notifica o una accettazione con atto autentico. La legge del 23 marzo 1855 non à derogato ai principii del Codice Napoleone su questo punto (1). Cerchiamo di spiegare questa differenza tra la cessione dell'ipoteca e la cessione del credito. La moglie che cede il suo credito ipotecario non cede forse con ciò la sua ipoteca che è l'accessorio del credito, e quindi non forma appunto la convenzione preveduta dalla legge, la convenzione cui la legge più non permette di opporre ai terzi che inquanto sia stata constatata da un atto autentico? Ben ci si dice che nella cessione del credito l' ipoteca non è trasmessa se non per via di conseguenza e come accessorio del dritto principale che è stato ceduto; che in ciò non vi sono due atti distinti, due diverse cessioni, ma un sol atto, una sola cessione, il cui obbietto principale è la trasmissione del *credito*; che mercè l'obbietto principale di una convenzione si determinano la forma e la solennità di essa; e che le formalità relative alla *cessione* di *credito* essendo regolate dal Codice Napoleone, a questo Codice è uopo riferirsi e non già alla legge del 1855, la quale non parla che della *cessione d'ipoteca*.

Ma è uopo stare accorti: come abbiam già detto e come ripetiamo, se l'art. 9 della legge del 23 marzo 1855 menziona la cessione d'ipoteca soltanto, non però mette da banda la cessione di credito e la cessione di anteriorità, essa principalmente va contro quelle tendenze che eransi manifestate nella discussione sulla riforma ipotecaria e (*supra*, n. 334) ne abbiam già reso conto, che essendo finito per prevalere eransi riassunte nel dire che « l' ipoteca isolata non può esser la materia di una vendita o di una cessione ». Or è a notarsi che all' epoca stessa in cui queste tendenze avevano prevaluto, le disposizioni dei progetti che non ammettevano la cessione d'ipoteca se non come conseguenza della cessione del credito stesso di cui l' ipoteca forma la sicurezza, dicevano in pari tempo che il credito ipotecario non potrebbesi cedere se non con *atto autentico* (2). Come dunque supporre che l' art. 9 della legge del 1855, il cui pensiero è stato di dare alla moglie il dritto, non solo di cedere il suo credito ipotecario o il suo rango di anteriorità, ma ancora di separare il credito dall' ipoteca e di ceder questo conservando quella, possa nella disposizione in cui esige l' autenticità essere inteso nel senso che, mentre l' atto autentico sarebbe indispensabile per la cessione dell'ipoteca isolatamente, sarebbe altrimenti e l' atto sotto privata scrittura basterebbe, dacchè questa ipoteca fosse trasmessa col credito ed accessoriamente, mercè l' effetto di una cessione il cui obbietto principale sarebbe affatto credito? Evidentemente non può essere che la legge sia caduta in una simile contraddizione.

In conchiusione, la legge ha voluto proteggere ed un tempo e la moglie e i terzi. Or che la moglie ceda la sua ipoteca, il suo dritto di anteriorità, o il suo credito ipotecario, il pericolo è lo stesso e la protezione della legge è ugualmente necessaria. Ciò è di tutta evidenza, poichè alla fin fine, que-

(1) Così si esprimono Rivière e Huguet (n. 393 e seg.) Ved. nello stesso senso Rivière e François (n. 139).

(2) Vel. segnatamente l'art. 2142 del progetto del Consiglio di Stato e il rapporto del Bethmont, p. 47.

le che sia l' obbietto della cessione consentita dalla moglie, non v' à alcuna differenza nel risultato; è sempre il sacrifizio per parte della moglie della sua ipoteca legale ed il passaggio di questa ipoteca nelle mani di un creditore il quale verrà a prevalersene contro gli altri creditori. Se dunque il sacrifizio ed il pericolo sono gli stessi in tutti i casi, importa di non allontanarsi da alcuna delle cautele che la legge à vo luto prendere e di cui ha voluto fare la salvaguardia di tutti. Ciò viene ammesso o almeno non lo si contesta nell' ipotesi in cui la cessione consentita dalla moglie ha per obbietto il *dritto di anteriorità*, di cui l' art. 9 della legge del 1855 non parla, come non fa motto del *credito ipotecario*. Non v' è alcun serio motivo per contestarlo nell' ipotesi in cui la cessione consentita dalla moglie verte sui suoi dritti stessi, crediti e riprese. In ciò la nuova legge deroga all' art. 1690 Cod. Nap., o almeno aggiunge una formalità di più alle formalità prescritte da questo articolo per le cessioni di crediti.

Conchiudiamo adunque che qualunque cessione il cui effetto debb' essere la surrogazione di un creditore nella ipoteca legale della moglie è ormai sottoposta, quale che ne sia l' obbietto, alla forma autentica (1).

470. Può presentarsi un' altra difficoltà, la quale non è nuova e che l'art. 2127 Cod. Nap. à fatto nascere sotto un altro punto di vista. Questo articolo dispone che l' ipoteca convenzionale non può consentirsi che mercè un atto stipulato in forma autentica innanzi due notai, o innanzi un notaio e due testimoni. In vista di questo articolo si è domandato se il mandato dato dal debitore per costituire una ipoteca convenzionale può consentirsi con atto sotto privata scrittura, o in altri termini, se il mandatario il quale non avesse che una procura sotto privata scrittura potrebbe nonpertanto costituir validamente una ipoteca sui beni del suo mandante.

La stessa quistione si eleva naturalmente ad occasione delle surrogazioni all' ipoteca legale; una tale surrogazione può al pari dell' ipoteca consentirsi mercè mandatario o procuratore. Ma dacchè la surrogazione non può, al pari dell' ipoteca, consentirsi ormai altrimenti che mercè atto autentico, segue forse che il mandatario della moglie, la cui procura fosse fatta sotto privata scrittura non possa consentire in nome della moglie una valida surrogazione?

A parer nostro l' autenticità della procura è una necessità derivante forzosamente dal testo, il quale vuole che la stessa surrogazione sia constatata con atto autentico. La giurisprudenza è rimasta lunga pezza fissata in senso contrario sulla quistione analoga relativa alla costituzione d' ipoteca e la stessa Corte di cassazione ha deciso, in due notevoli arresti « che il mandato ad effetto di consentire una ipoteca e l' atto costitutivo dell' ipoteca sono due cose del tutto distinte; che in quanto concerne il mandato, il Codice stabilisce come regola generale che qualunque mandato, quale che ne sia l' obbietto può darsi con atto in iscrittura privata e che occupandosi in una ulteriore disposizione del mandato ad effetto di consentire ipoteca, non deroga mica alla regola da esso stabilita e si limita a dire che questo mandato debb' essere espresso; che in quanto alla costituzione d' ipoteca, essa debbesi fare con atto autentico, e nulla si oppone a che si faccia in questa stessa forma da un mandatario specialmente autorizzato a gravare d' ipoteca i beni del suo mandante (2). » Non v'è dubbio che le stesse obbiezioni potrebbero elevarsi contro la nostra soluzione relativa al mandato per consentire una surrogazione in nome della moglie. Ma la giurisprudenza da noi rammentata non si è mantenuta. Una giurisprudenza più recente à riconosciuto che il mandato ad effetto di consentire una ipoteca e l' atto costitutivo dell' ipoteca sono tra loro connessi più intimamente di quel che non suppongano le predette decisioni. Allorquando la legge ci dice che la tale convenzione non può consentirsi se non mercè atto stipulato in forma autentica essa ci dice che appunto perciò in questa forma debbesi manifestare il consenso di colui che fa siffatta convenzione. Or il contratto stipulato innanzi notaio *in forza di un mandato sotto privata scrittura* non manifesta a dir vero nella forma autentica il consenso *della persona che si obbliga*, poichè questo consenso il quale costituisce il contratto stesso non è stato constatato dall' uffiziale pubblico e non si è scritto che in un atto privato, il quale non fa fede di quanto racchiude. In altri termini, e specializzando

(1) Quelli tra gli autori che àn comentato la legge del 1855 si son pronunziati in maggioranza in tal senso Ved. Mourlon (*Esame*, art. 392), Troplong (*Della Transcr.*, n. 334 e segg.), Ducruet (*loc. cit.*, n. 41).

(2) Ved. Req., 27 magg. 1819 e 5 lug. 1827 (Dev., 28, 1, 105) *Junge*: Caen, 22 giug. 1824 (Dalloz, 25, 2, 112). — Ved. nello stesso senso Persil (art. 2127, n. 6), Battur (*Ipot.* t. 4, p. 167 e 168), Troplong (n. 510), Duranton (t. XIX, n. 357 *bis*), Rolland de Villargues (v° Atto not. 26), Baudot (*Form. Ip.*, t. I, n. 525).

ciò, l' atto costitutivo di una ipoteca non è soltanto quello in cui il mandatario stipula in nome del mandante, è altresì e segnatamente quelto in cui il mandante depone la sua volontà; e se l'autenticità non covrisse parimenti queste due parti dello stesso tutto, lo scopo della legge non sarebbe raggiunto, poichè le parti interessate potrebbero sconoscere lo scritto e la firma del mandante, porne in quistione il consenso e appunto con ciò rendere incerto il dritto ipotecario cui la costituzione d'ipoteca ha avùto per oggetto di creare. Fondandosi su queste considerazioni la giurisprudenza si è riformata e la Corte di cassazione stessa dopo aver giudicato che l'ipoteca può validamente consentirsi in virtù di un mandato sotto privata scrittura, si è poscia pronunziata in senso contrario, aggiungendo anche che la ratifica data ulteriormente dal mandante non potrebbe aver effetto retroattivo verso i terzi (1). La maggioranza degli autori propendeva per tale dottrina (2) e la Corte di cassazione, la quale l'applica alla costituzione d'ipoteca, sarà condotta dalla forza dell' analogia ad applicarla del pari all' atto di surrogazione nell' ipoteca legale, poichè, ripetiamolo, l' art. 9 della legge del 13 marzo 1855 esigendo l'autenticità per un tale atto, ha creato per questo atto una situazione analoga a quella nella quale la costituzione d'ipoteca è collocata dall' art. 2127, Cod. Nap. Tale è altresì l' avviso dei comentatori della legge del 1855 (3).

471. Ci resta a dire, per compiere le nostre osservazioni sulla parte di questo importante subbietto che più particolarmente si rannoda al nostro articolo, quali sono gli effetti della convenzione di cui qui trattasi. A tal uopo non separeremo, almeno nella nostre osservazioni generali, le due ipotesi menzionate nell'art. 9 della legge del 23 marzo 1855, il caso di *cessione* e quello di *rinunzia*. A parer nostro, non v'à distinzione a faro tra' due modi abitualmente affetti dalla convenzione; le osservazioni seguenti mostreranno che, sotto tale rapporto, l'una non dà nè più nè meno dell' altra.

472. Alloraquando per sovvenire al credito del marito, la moglie maggiore e capace giusta le regole esposte sopra, n. 451 e seguenti, rilascia il suo dritto ipotecario ad un creditore il quale non vuol trattare col marito che a questo prezzo, interviene tra lei e questo creditore una convenzione la cui natura stessa è poco definita o che per conseguenza è vivamente discussa, come abbiam già detto al n. 450.

Senz' andar tropp' oltre nell' esame delle diverse dottrine che si sono prodotte a tal riguardo e nella valutazione di dette teorie le quali saran sempre utilmente consultate (4) ripetiamo che il contratto non costituisce un trasferimento di cessione nel senso giuridico detta parola. La *cessione* nel linguaggio del dritto s' intende la trasmissione e più particolarmente la vendita delle cose incorporali. Salvo talune particolari regole fermate negli art. 1689 a 1695, Cod. Nap. la vendita applicata ai crediti è soggetta ai principii generali che regolano la vendita delle cose corporali; così, non potrà dirsi che un atto costituisca cessione di credito se non contiene prezzo, o se salvo l'adempimento delle formalità prescritte dall' art. 1690 non trasmetta dal cedente al cessionario il credito che forma l'obbietto della convenzione; art. 1583 o 1591, Cod. Nap. Or dov' è mai il prezzo nell'atto col quale la moglie rilascia il suo dritto ipotecario al creditore di suo marito? Non ve ne ha mica; in verità si può dire che la moglie ritragga un vantaggio dal credito che procura a suo marito, facilitandogli il contratto da lui stipulato col creditore; ma non è il *prezzo* di cho parla l' art. 1591, Cod. Nap. chè il prezzo nel senso di questo articolo deve, giusta l' opinione di tutt' i giureconsulti, essere certo, determinato e serio, *deve consistere in danaro* (ved. all' uopo le osservazioni del Marcadè sull'art. 1591, n. 1), e qui non abbiamo prezzo certo e determinato, e specialmente non abbiam prezzo consistente in danaro. Da un'altra banda, forse che il creditore in favor del quale la moglie rilascia il suo dritto ipotecario divien proprietario per effetto della convenzione? In niun modo; questo creditore avrà un bel fare o ottenere le intime o notificazioni indicate dall' art. 1690 Cod. Nap., egli non sa-

(1) Ved. Rig., 7 febb. 1854 (Dev., 34, 322; *J. P.*, 1854 t. 1, p. 162; Dalloz, 34, 1, 449). *Junge*; Riom 31 lug. 1851 (Dev., 31, 2. 698).

(2) Ved. Merlin (*Rep.*, v° Ip., sez. 2, § 2, art. 10), Grenier (t. 1, n. 68), Zachariae (t. II, p. 140. n. 15), Taulier (t. VII, p. 260), Merville (Riv. prat., t. II, p. 107).

(3) Ved. Ducret (loc. cit., p. 40), Grosse (loc. cit., n. 269). — Rivière e Huguet (n. 401 e 402), e Rivière e Francois (n. 139), senza essere totalmente espliciti nel senso di questa soluzione, inclinano ad ammetterio e sembrano non esitare che in considerazione del primo stadio della giurisprudenza o perchè pare che non abbiano conosciuto il ritorno consacrato dallo arresto del 1854.

(4) Citiamo in ispecie i notevoli lavori del Gauthier (*Tr. della Surr.* n. 361 e segg.). Mourlon (ib., p. 341 e segg.; Berthauld (*Della Surr. all'ipoteca delle donne maritate*). Benech (*Del pegno app. ai dritti, crediti e riprese della moglie*).

rà proprietario del credito della moglie, non acquisterà quella proprietà la quale permette al proprietario di disporre come vuole a titolo gratuito o oneroso, chè in quanto al presente la moglie rimane proprietaria; ella resta investita, talmente che se il creditore viene ad esser soddisfatto dal marito, la moglie esce di obbligo o resta proprietaria del suo credito, senza che siavi d'uopo d'un novello atto, d'una retrocessione per ritornarle la proprietà.

Qui dunque non v'è cessione nel senso proprio della parola e sotto tal rapporto noi siamo del parere del Benech, allorquando censura l'opinione del Berthauld il quale, valutando la convenzione, esprime che « se la surrogazione ha affinità e rassomiglianza col contratto di pegno, è uopo nonpertanto riconoscere che ciò che in essa predomina è la fisonomia, la forma ed anche *in merito la natura del trasferimento* (1). » Quanto precede mostra ad evidenza che non v'è qui trasferimento non pur nella forma, ma anche nel merito.

Ma cessiamo dall'essere del parere del Benech, allorchè prendendo il rovescio della proposizione emessa dal Berthauld, egli insegna che andando al merito delle cose fa mestieri seguire la opinione « degli autori e segnatamente del Mourlon e del Gauthier, i quali ravvisano sol un pegno nella cessione di cui trattasi (2) ». La condizione essenziale alla validità del pegno delle cose mobiliari, corporali o incorporali, vale a dire del pegno propriamente detto, è la tradizione, il rilascio al creditore, o ad un terzo convenuto tra le parti, degli oggetti mobiliari o dei titoli di credito, (Cod. Nap. art. 2076). Or v'è qui forse un rilascio di titoli? No, evidentemente; questo rilascio non è neppur possibile nella più parte dei casi, poichè salvo quanto concerne i conferimenti constatati dal contratto di matrimonio, il credito della moglie, indeterminato sino allo scioglimento della società conjugale è sottoposto ad alternative, o vicende che rinnovellansi incessantemente fino al giorno della liquidazione, è necessariamente un credito senza titolo. Qui dunque non v'à nè pegno (3), nè cessione.

Che evvi dunque in deffinitiva? Come abbiam detto, la natura della convenzione è poco definita; non pertanto analizzandola, siamo disposti a ravvisarvi una delegazione fatta eventualmente dalla moglie e risultante dalla promessa con cui ella si obbliga *condizionalmente*, nel senso che si obbliga a pagare, o almeno a rilasciare a titolo di pagamento i dritti che può avere contro suo marito, poichè il creditore al quale fa l'abbandono, eserciti questi dritti in sua vece, se alla scadenza il marito non paghi egli stesso il debito che à sottoscritto verso questo creditore. In una certa misura è la novazione condizionale, di che parla il Marcadè nel suo comentario dell'art. 1292 (ved. t. III, n. 757); la moglie con l'obbligarsi non estingue il debito del marito; essa vi aggiunge il suo proprio debito, ed entrambi sussistono sino all'avvenimento il cui effetto sarà (secondo che la condizione preveduta si attuerà o pur no), o quello di cancellare l'obbligazione della moglie anche retroattivamente, e come se non si fosse mai assunta, o per contrario di mantenerla, anche retroattivamente e come la moglie fosse stata obbligata sin dall'origine. Così, il pagamento è effettuito alla scadenza dal marito debitore, la condizione preveduta non è attuata, e la moglie reputasi non essersi giammai obbligata; per l'opposto il pagamento non viene effettuito dal marito, la condizione preveduta è compiuta, la moglie è debitrice e per l'effetto retroattivo della condizione, reputasi esserlo stato sin dal giorno stesso in cui si è obbligata.

473. Ciò posto è agevole il presentire quali debbono essere, secondo noi, gli effetti della convenzione. La moglie che rilascia il dritto ipotecario al creditore di suo marito, pone eventualmente questo creditore in suo luogo e vece perchè, avvenendo il caso, possa esercitare questo dritto nel modo stesso che il potrebbe ella stessa nel caso, in cui dovesse esercitarlo nel manco di qualunque surrogazione.

474. Ciò non può mettersi in dubbio quando la convenzione consiste in una *cessione del credito*, poichè allora la moglie nulla ha ritenuto del suo dritto, nè il credito, nè la sicurezza che vi sono inerenti accessoriamente, ed il tutto si è trasmesso al creditore che rappresenta la moglie o la sostituisce nel modo più completo. La Corte di cassazione ha consacrato questo effetto della cessione, decidendo che la surrogazione nel suo dritto ipotecario, consentita da una moglie nel corso di una istanza di graduazione nella quale è stata provvisoriamente collocata, non ha sol per effetto di trasmettere al creditore surrogato i dritti della moglie sul prezzo in distri-

(1) Ved. Berthauld (loc. cit., n. 605)—Ved. pure al n. 6).
(2) Ved. Benech (loc. cit., p. 1).

(3) Ved. Lione, 31 aprile 1839, o Bourges, 14 giug. 1844 (Dev. 39, 2, 537, e 45, 2, 652).

buzione, ma ancora di surrogarlo nei dritti ipotecarii della moglie sugli altri immobili del marito, talmente che il creditore surrogato può esercitare il dritto ipotecario della moglie stessa sui beni venduti dal marito in un'epoca in cui non era creditore e che non sono stati purgati (1). A dir vero eravi nella specie la circostanza particolare che il creditore agiva in forza di una vera surrogazione, in quanto che, nel corso delle contestazioni sorte sulla graduazione, aveva rimborsato alla moglie l'ammontare del suo credito verso il marito, mercè che era stato surrogato nella ipoteca legale con una sentenza che aveva ottenuta. Ma i termini dell' arresto sono generali e mostrano che in tutti i casi in cui il credito è ceduto, il cessionario succede alla moglie in tutti i suoi dritti ed acquista l' ipoteca di lei col carattere di generalità che le è attribuito dalla legge. Del resto, il ripetiamo, l' effetto della cessione non è contestato; ed appunto perchè non è contestabile taluni autori ànno emesso la dottrina combattuta più sopra (n. 457), cioè che la cessione allorquando à per obbietto il credito della moglie non vale, perchè, se fosse altrimenti, basterebbe il concorso ed il consenso della moglie per annientare la specialità delle ipoteche (2).

475. Ciò non è mai vero, quando la convenzione à per oggetto di cedere semplicemente il *dritto di anteriorità*, o anche *l'ipoteca* soltanto. A dir vero i due casi differiscono dal precedente, in quanto che la ipoteca legale vi si trova staccata dal credito che garentiva primitivamente, vale a dire dal credito della moglie. Ma in merito e nella verità delle cose, non è men la garentia ipotecaria della moglie quella che è stata trasmessa, la garentia tal quale esisteva nelle mani di costei, talmente che so la condizione di non pagamento che è, come pocanzi dicevamo, la base stessa del contratto, venisse ad attuarsi, il creditore ipotecario al quale la moglie avesse ceduto il suo rango, ovvero il creditore chirografario al quale avesse ceduto la sua ipoteca, non avrebbe altro dritto ipotecario ad esercitare trarne quello della cedente e che, nè più nè meno che se fosse cessionario del credito stesso, agirebbe per parte di costui, per conseguenza in suo luogo e vece, nell'esercizio di un tal dritto.

476. Da ultimo se la convenzione consiste, non già in una cessione, vuoi del credito, vuoi del dritto di anteriorità, vuoi della ipoteca, ma in una *rinunzia* dal canto della moglie alla sua ipoteca legale, noi diciamo che l' effetto è anche lo stesso. Ma qui troviamo, in dottrina ed in giurisprudenza decisioni, talune assolute, tal' altre relative, che sono contrarie a siffatta soluzione.

Ed in pria ci si presenta la dottrina al nota del Proudhon; giusta il quale la rinunzia dovrebbe profittare a tutti i creditori ugualmente, e non avrebbe altro effetto che quello di fare sparire l' ipoteca legale della moglie e di far avanzare di un grado i creditori che vengono dopo di lei. « Altro è, ei dice, rinunziare all' esercizio di un dritto e rinunziarvi anche in favore di qualcuno, altro è delegargli o cedergli questo stesso dritto perchè egli lo eserciti a suo pro sui terzi. La rinunzia non è di sua natura che *privativa* per colui che l' à fatta. — La cessione o la surrogazione opera un cangiamento di posto, perchè mette uno dei contraenti nel luogo e vece e nei dritti dell' altro; le parti che l' àn voluta, àn dunque voluta una mutazione di dritti. La rinunzia per lo contrario non è di per sè stessa che un atto di astensione, mercè il quale la moglie promette di non prevalersi dei vantaggi che potrebbe avere su colui che dà a mutuo; non può dunque risultarne nè trasferimento, nè delegazione di dritti da far valere su' terzi (3) . . . »

Come ben vedesi ciò concerne la controversia nella quale anticamente si immaginarono tante sottigliezze sulla materia delle rinunzie e specialmente sul punto di sapere se la rinunzia è semplicemente *estintiva* o se è traslativa del dritto ceduto. Senza ingolfarci qui in siffatta contraversia, possiamo dire che, alloraquando una rinunzia è fatta in favore di una determinata persona, con la quale il rinunziante tratta direttamente, sarebbe sconosciuta la intenzione delle parti, e non potrebbesi raggiungere lo scopo che esse si propongono, se la rinunzia fosse puramente estintiva, se non fosse considerata come l'equivalente di una cessione fatta ad una di esse del dritto abdicato dall' altra. Tale era, secondo l' osservazione del Benech (4) l' idea che aveva predominato nell' antico dritto, in mezzo alla controversia agitata nella materia delle rinunzie, ed il presidente de Lamoignon l' applicava specialmente alle ipoteche, quando proponeva di dire che, in caso di rinunzia,

(1) Cass., 18 dic. 1834 (Dev., 35, 1, 147).—La Corte di cassazione ha con questo arresto portante cassazione rinviato l'affare innanzi la Corte di Bourges, che con arresto del dì 11 giugno 1835 si è pronunziata nello stesso senso. (Dev., 35, 2, 636).

(2) Ved. segnatamente Grosse (loc. cit n. 274, 276).

(3) Ved. Proudhon (Dell' *Usufr.*, n. 2339). Mourlon si è pronunziato in questo senso nel suo trattato delle *Surrogazioni* (p. 600), Ved. pure Ducruet (op. cit., p. 38).

(4) Ved. Benech (op. cit., p. 21).

colui a pro del quale fosse fatta *entrerebbe nell' ipotesa del rinunaiante* (1). Tale è altresì lo spirito della nostra legislazione attuale, la quale se ammette che la rinunzia è puramente estintiva, allorchè è proficua a colui che à un dritto eventuale e preesistente nella cosa abbandonata (Cod. Nap. art. 786), suppone per lo contrario che essa ha il carattere traslativo, allorquando è fatta a pro di un terzo, il quale nulla avrebbe a pretendere dal suo canto nè attualmente, nè eventualmente, nel dritto abdicato. (Conf. Cod. Nap., art. 780). Or tale è il caso in cui trovasi il creditore in favor del quale la moglie rinunzia alla sua ipoteca legale. Sarebbe dunque contrario ai dati generali del dritto di considerar la rinunzia come puramente abdicata; ciò sarebbe parimenti contrario alla intenzione evidente delle parti; all' intenzione della moglie la quale, rinunziando in favore del *tal creditore*, non à potuto voler abbandonare cosa alcuna del dritto di preferenza cha può avere rispetto agli altri creditori estranei alla convenzione; all' intenzione del beneficiario della rinunzia, il quale prestandosi a patto che la moglie rinunzierebbe in favor suo alla sua ipoteca, non ha potuto preoccuparsi che del suo proprio interesse e non ha voluto far l'affare de' creditori intermedii.

Epperò la giurisprudenza e gli autori in generale eran forti contro la teoria emessa dal Proudhon ed avevano ammesso che la rinunzia, al pari della cessione, implica una mutazione del dritto, in quanto che investe il beneficiario della rinunzia del suo dritto stesso, da cui desiste in favor suo la moglie rinonziante; In altri termini non v' à alcuna differenza a fare, in quanto agli effetti, tra una rinunzia della moglie alla sua ipoteca legale a pro di un creditore ed una formale surrogazione a siffatta ipoteca, di guisa che il creditore latore di una simile rinunzia ha dritti uguali a quelli di colui che avrebbe ottenuto la surrogazione (2). Oggidì questa soluzione più non potrebbesi mettere in contestazione, essendo virtualmente consacrata dall' art. 9 della legge del 23 marzo 1855. E di fermo da una banda, questo articolo dopo aver distintamente menzionata la *cessione* e la *rinunzia*, le assimila dappoi confondendole sotto la comune denominazione di *surrogazione*, e con ciò indica che la *cessione* e la *rinunzio* sono dua mezzi distinti per giungere ad uno stesso scopo, il quale è la *surrogazione*; da un' altra banda, e come se non bastasse ad indicare il pensiero del legislatore, l'articolo confondendo ancora nel suo secondo paragrafo coloro che ànno ottenuto cessioni e quelli che ànno ottenuto rinunzie, esprime che tanto per questi quanto per quelli, le date delle iscrizioni o menzioni determinano l'ordine in cui essi *eserciteronno i dritti ipotecari dello moglie*. Non potrebbe più dunque esservi dubbio su questo punto di diritto, il quale ormai non può più mettersi in quistione. Ed in effetti il Mourlon il quale nel suo trattato delle *surrogozioni* erasi pronunziato nel senso della opinione emessa dal Proudhon, ha pur riconosciuto che, giusta i termini della nuova legge, l' atto col qualo la moglie cede la sua ipoteca e quello col vi rinunzia debbonsi assimilare o meglio considerare come equivalenti l' un dell' altro (3).

477. Pel resto quanto diciamo della rinunzia per parte della moglie alla sua ipoteca legalo debbesi intendere tanto della rinunzia tacita, quanto della espressa. Ciò era ammesso nell' antico dritto. Il Lepreste cita in fatti un arresto del 1° febbraio 1602, col quale si giudicò che la moglie « la quale si è obbligata con suo marito ad un creditore, ha con questa obbligazione tacitamente rinunziato alle ipoteche delle convenzioni matrimoniali, anche a quelle a pro del detto creditore . . . ; *in guiso che se dopo la morte di suo morito esso trasferisce od altri le sue somme dotoli, ciò sarà inutilmente rispetto al detto primo creditore*, il quale è preferito ai' ultimo sulle cennate somme dotali, tutto che sieno mobili e che colui al quale ne fa il trasferimento, ne fosse il primo investito, *perchè dopo aver tacitamente rinunziolo alle sue conaenzioni a pro del creditore verso il quala erasi obbligata, non ha potuto trosferirle in di lui pregiudizio ad un oltro, non avendo più dritti rispetto al primo creditore* (4) ... » Ed il Bourjon adotta questo avviso, il quale, a suo dire, è fondato su che le prime obbligazioni della moglie *traggono seco una tacita cessione dello sua dote*, la quale primeggia tutti; *che il dritto ne è acquistoto dai primi creditori e cha questo dritto ocquistoto non ha potuto esser colpito da novelle obbligozioni* (5) . . . « Oggidì non può essere diversamente; non v' à differenza a

(1) Ordinanze di Lamoignon (t 26, Dell' Estinz. dell' Ip.)

(2) Ved. Parigi, 4 giug. 1807 a 11 marzo 1813; Amiens, 17 marzo 1823; Bourges, 19 maggio 1823; Nancy, 22 maggio 1826; Rig.: 2 aprile 1829; Lione, 7 aprile 1834; Rig., 26 giugno 1855, Metz, 22 genn. 1856 (Dev., 54, 2, 577; 55, 1, 670; J. P., 1856, t. 1, p 185 a 376). — Ved. pure Dalloz (v. Ip., p. 152), Grenier (t. I, p. 550), Troplong (n. 600 e seg.), Rivière e Huguet (n. 383 e seg.), Gauthier (Della *Surr*. n. 583), Benech (op. cit., n. 10), Berthauld (op cit. n. 33).

(3) V. Mourlon (Es. crit del Com. del Troplong n. 393).

(4) Ved. Leprestre (cent. 3, c. 69).

(5) Ved. Bourjon (Dritto comm., t. XI, n. 4 e 5).

stabiliro, in quanto agli effetti, tra la rinunzia espressa e la tacita. Si può senza dubbio discutere sulla portata del tale o tal altro atto, dal quale si vuole dedurre la rinunzia; abbiam più sopra veduto le controversie prodottesi a tal riguardo (vedi n. 462 e segg.). Ma dacchè si è di accordo che il tale atto implica una rinunzia, non v'è più discussione possibile in quanto agli effetti: la moglie è legata nello stesso modo e con la stessa estensione che se avesse consentito una rinunzia espressa.

Nonpertanto il Benech è su questo punto di contrario avviso (1). Secondo lui, vi sarebbe una gran differenza tra la rinunzia espressa e la tacita, in quanto che nella prima la moglie parlando nel contratto *sull'ipoteca*, sarebbe difficile che potesse farsi illusione sugli effetti della sua rinunzia formale e non comprendere ch'essa si è spogliata del dritto al quale à rinunziato in favore di un altro, mentre che quando serba il silenzio, come nella seconda, la sua volontà non potrebbesi pregiudicare al modo stesso, potendosi spiegare questa volontà eziandio con una semplice rinunzia al dritto di proprietà, rinunzia ben meno onorosa della rinunzia trasmissiva. E la Corte di Parigi ha consacrato questo avviso in un recente arresto col quale, dopo aver fermato in massima che la surrogazione *debbesi fare in termini espressi*, decide che il concorso solidale della moglie all'atto di obbligazione stipolato da suo marito, anche con affezione ipotecaria dei beni di quest'ultimo, ha unicamente per effetto in quanto concerne l'ipoteca legale di trar seco una semplice rinunzia alla priorità del rango di questa ipoteca sulla ipoteca convenzionale consentita con lo stesso atto a favor del creditore e quindi se il creditore viene a perdere il benefizio della sua ipoteca, per manco di iscrizione in tempo, o in seguito della perenzione di quella da lui presa, la moglie riprende per sè o pei suoi aventi dritto, che avesse validamente surrogati alla sua ipoteca legale, il rango che le appartiene in virtù di questa ipoteca (2). È impossibile di prendere maggiori abbagli di quelli in cui è caduta la Corte di Parigi sugli effetti giuridici e sui caratteri della convenzione. La Corte suppone che la sorrogazione da cui eccepiva il creditore, nella specie, fosse l'accessorio dell'ipoteca convenzionale che gli era stata conferita dal contratto, mentre che derivava dal contratto e dall'abbandono che la moglie vi aveva tacitamente fatto, col suo concorso solidale, del suo dritto ipotecario in favor del creditore. Poco dunque importava che questo creditore non avesse conservato la propria ipoteca, l'ipoteca convenzionale che gli era stata accordata; chè ci non veniva a reclamare nella graduazione il dritto risultante da siffatta ipoteca. Ciò ch'ei reclamava si era l'effetto dell'ipoteca legale nella quale era stato surrogato nella misura del suo proprio credito, e bastava che questa ipoteca non fosse perita e che il credito della moglie al quale era primitivamente annessa non fosse perduto (ved. infra, n. 479 e segg.), perchè si dovesse accogliere il reclamo. Senza dubbio la surrogazione qui procedeva da una rinunzia *tacita*; ma il ripetiamo, la rinunzia tacita non ha minor effetto della rinunzia *espressa*, dacchè l'atto o il fatto da cui la si fa risultare è ammessó come implicante rinunzia. Gli scrupoli del Benech a tal riguardo non hanno un solido fondamento; essi sono posti da banda dalla giurisprudenza e segnatamente dalla Corte di cassazione, la quale non ha esitato a riconoscere che la moglie la quale si obbliga solidalmente con suo marito verso un terzo e che consente ad ipotecare alla sicurezza di questa obbligazione degl'immobili del marito affetti dalla sua ipoteca legale, *trasferisce virtualmente a questo creditore i suoi dritti sui detti immobili e per conseguenza sulla sua ipoteca legale* e che prendendo il rovescio dell'arresto della Corte di Parigi testè citato, ha giudicato in conseguenza che se il creditore viene a perdere il benefizio della sua ipoteca convenzionale, per manco d'iscrizione in tempo utile o per la perenzione di quella che aveva presa, non deve meno esser collocato, *come surrogato nell'ipoteca legale* alla data del suo contratto (3).

478. Laonde in reassunto tutte le convenzioni della specie, cessione o rinunzia, menano allo stesso risultato, quale che sia la estensione della cessione o quale che sia l'indole della rinunzia. Trattasi di una cessione, poco monta che abbia per oggetto il credito, il dritto di anteriorità o l'ipoteca soltanto; trattasi di una rinunzia, poco rileva che sia espressa o tacita; in ogni ipotesi la convenzione produce un effetto comune, che è la surrogazione del creditore in favor del quale

(1) Ved. Benech (op. cit., p. 64).

(2) Ved. Parigi, 24 agosto 1853 (Dev., 53, 2, 545; J. P., 1855, t. II, p. 545). Conf. Grosse (loc. cit., n. 271). — Ved. pure Caen, 3 maggio 1852 (Dalloz, 54, 2, 20).

(3) Req., 8 agosto 1851 (Dev., 51, 1, 321). — *Junge* gli arresti già citati in una delle precedenti note della Corte di cassazione, 2 aprile 1829 e 26 giugno 1853 e della Corte di Metz, 22 genn. 1856. — La stessa Corte di Parigi aveva giudicato in questo senso con arresto del 31 marzo 1855.

interviene nella ipoteca legale e per conseguenza pone questo creditore in luogo e vece della moglie per l'esercizio, avvenendone il caso, del dritto che costei à eventualmente abbandonato.

Ciò posto evvi una conseguenza a dedurre e talune applicazioni ad indicare.

479. Ponendo la sorrogazione il cessionario in luogo e vece della moglie per l'esercizio del dritto ipotecario annesso dalla legge al credito di costei, ne segue che questo dritto non cessa, anche nelle mani del surrogato, di restar l' accessorio della moglie, e quindi la sorte e la estensione del dritto ipotecario sono regolate sotto stato e nella misura del credito che primitivamente garentiva, astrazion fatta dal credito personale del creditor surrogato.

Ciò verrà spiegato da applicazioni, di cui per altro talune non son contestate.

480. Laonde è ammesso e niuno potrebbe contestarlo che, accessorio del credito della moglie, l'ipoteca legale non può estendersi tra le mani del surrogato.

Per esempio Paolo creditore di una somma di 10 mila fr. dovutagli da Pietro, ottiene dalla costui moglie che lo surroghi nella ipoteca legale che ella ha sui beni del marito; in seguito, fattasi la liquidazione, avviene che i crediti a le riprese della moglie di Pietro sono di 20 mila fr.; Paolo non potrà esercitare il dritto ipotecario al quale è stato surrogato che sino alla concorrenza di 10 mila fr., poichè 10 mila fr. soltanto sono a lui dovuti; ma i 10 mila fr. di eccedenza non rimarranno men coverti dalla ipoteca legale, chè essa non è estinta e non può neppur menomarsi per effetto della surrogazione. Essa sussiste dunque dopo la collocazione del sorrogato pei 10 mila fr. di eccedensa. A pro di chi? Evidentemente a pro della moglie, non già a pro degli altri creditori, i quali essendo estranei alla convenzione intervenuta tra costei e Paolo, non possono nè trarne vantaggio, nè esserne lesi. Quindi se la convenzione à avuto per oggetto il credito stesso o soltanto l' ipoteca della moglie, Paolo sarà prima collocato al rango dell'ipoteca legale pei 10 mila fr. formanti l'ammontare del suo credito personale garentito sino alla concorrenza da questa ipoteca in cui è stato surrogato, e siccome i creditori ipotecarii di Pietro non debbono nè guadagnare, nè perdere negli accordi scambiati tra sua moglie e Paolo, la moglie sarà collocata nello stesso rango di costui, ma dopo di lui, pei 10 mila fr. formanti la differenza tra il proprio credito e quello di Paolo; in quanto ai 10 mila fr. di riprese, sino a concorrenza dei quali il creditor surrogato ha preso il posto della moglie, essi non costituiranno per costei se non un credito chirografario di cui non sarà pagata sui beni del marito se non dopo la soddisfazione degli oneri ipotecarii ed in concorrenza degli altri creditori. — Se la convenzione à avuto per iscopo semplicemente il dritto di anteriorità, nulla sarà mutato nelle collocazioni testè indicate, ma soltanto essendosi scambiati i ranghi ipotecarii tra Paolo e la moglie di Pietro, costei invece di essere creditrice chirografaria a causa dei 10 mila fr. che l'ipoteca legale à cessato di garentire per lei per effetto della surrogazione, sarà creditrice ipotecaria nel rango appartenente all'ipoteca legale di Paolo.

481. Prendiamo ora l'ipotesi inversa. Paolo, creditore di una somma di 20 mila fr. dovutagli da Pietro, ottiene dalla moglie di costui che lo surroghi nella sua ipoteca legale, in seguito avviene che i dritti e le riprese della moglie constatati dalla liquidazione si elevano ad una somma di 10 mila fr. soltanto. In quale misura la surrogazione vantaggia Paolo? Evidentemente nella misura e sino a concorrenza di quest' ultima somma, chè il dritto ipotecario della moglie non à potuto estendersi nelle mani del surrogato; e poichè costui è in luogo e vece di lei, ben è uopo che eserciti il suo dritto ipotecario, come avrebbe potuto esercitarlo ella stessa, se ne avesse ritenuto il possesso. Così, il creditore trova nell'ipoteca alla quale è stato surrogato una garenzia incompleta; ma è la conseguenza inerente alla obbligazione assunta dalla moglie che, essendo di una natura eventuale e subordinata al risultato di una liquidazione da intervenire allorchè essa si è obbligata, non può avere effetto utile che nella misura dei dritti constatati dalla liquidazione attuale.

482. Ciò ci guida a riconoscere che, se la liquidazione fosse totalmente negativa per la moglie; in altri termini se fosse constatato che la moglie non ha credito contro suo marito, e che invece di essere creditrice è debitrice, la garentia trasmessa al creditore surrogato resterebbe tra le sue mani del tutto inutile. Ciò è stato espressamente giudicato dalla Corte di Parigi, in un recente arresto, dal quale risulta che il creditore surrogato nell'ipoteca legale della moglie mercè una obbligazione solidale dei due conjugi e cessionario ancora dei diritti e delle riprese della moglie sino alla dovuta concorrenza del credito, nonpertanto non può pretendere collocazione al rango di questa ipoteca se risulti dalla ulteriore liquidazione dei dritti della moglie che quest'ultima invece di esser creditrice è debitrice della comunione o di suo mari-

to, e non à quindi alcuna ripresa ad esercitarse (1). La decisione è perfettamente esatta; la ragione di decidere è qui la stessa che nella ipotesi in cui ci eravamo pocanzi collocati, quella in cui la liquidazione non ha dato alla moglie che un credito inferiore al credito personale del surrogato, al credito a causa del quale costui aveva domandato ed ottenuto la surrogazione; dacchè la convenzione non à conferito al creditore che un dritto puramente eventuale e subordinato al risultato di una liquidazione futura, gli è aperto che il dritto sparisce e la garenzia ipotecaria svanisce completamente se la liquidazione è negativa per la moglie, per la ragione stessa che si riduce e che la garenzia ipotecaria si restringe nei termini della liquidazione, allorchè il credito risultante in favore della moglie da questa liquidazione è inferiore a quello per la sicurezza del quale il creditore si è fatto surrogare.

Sono queste delle applicazioni che, come abbiamo già detto non sembrano contestate. Talvolta sono state indicate le ultime come attestanti poca solidità e ben frequente inanità delle surrogazioni alla ipoteca legale delle mogli, ma niuno, per quanto sappiamo, à preteso ch'esse non derivino logicamente dalle regole e dagli effetti stessi della convenzione.

Eccone ora altre le quali, tutto che procedenti dalla stessa regola, non sono state al generalmente accettate.

483. Fassi la liquidazione tra marito e moglie; ne risulta, non già come nelle ipotesi precedenti che la moglie invece di essere creditrice, è debitrice, ma che è creditrice realmente ed anzi che il suo credito è uguale almeno a quello del creditore ch'ella ha surrogato per effetto di una cessione alla sua ipoteca legale. Non pertanto avviene che per un fatto qualunque, questo credito si estingue nelle mani della moglie o degli eredi di lei. L'ipoteca è essa estinta altresì nelle mani del surrogato in questo caso? Sembra, dalle osservazioni che precedono, non esser permesso di dubitarne. E di fatti la giurisprudenza non ha esitato un sol momento: essa consacra in tesi generale che la convenzione mercè la quale un creditore cede il suo rango ad un altro creditore che gli era posteriore non permette al cessionario di prendere nella graduazione il posto che avrebbe occupato il creditore del cedente, che sol quando giustifichi che questo credito esiste ancora ed ha conservato il suo rango ipotecario (2); e poscia applicando la soluzione specialmente alle cessioni dell' ipoteca legale, essa decide che la moglie la quale accetta la comunione, o è reputata accettarla, per avervi per sua colpa rinunziato nelle forme e nei termini fissati dalla legge, essendo tenuta sui proprii beni della metà dei debiti di questa commione, ne segue che il terzo al quale aveva, prima dello scioglimento, ceduto le sue riprese con surrogazione nel beneficio della sua ipoteca legale, non può prevalersi di un dritto di privilegio e di preferenza ch'ella stessa più non potrebbe esercitare (3); ovvero che, se al momento della produzione del surrogato ad una graduazione aperta sul prezzo di un immobile, i crediti che la moglie aveva contro suo marito trovansi estinti mercè la confusione che si è operata nella persona dei suoi eredi, che sono al tempo stesso quelli del marito, essendo divenuta senza oggetto, la surrogazione più non può produrre alcun effetto (4).

Ma gli autori qui non van d'accordo con la giurisprudenza; ne contestano per lo contrario energicamente la soluzione. Secondo essi, non è permesso di subordinare così gli effetti utili della sorrogazione nella ipoteca legale al partito che potranno prendere, vuoi la moglie di accettar la comunione o di rinunziarvi, vuoi gli eredi della moglie che sono ad un tempo quelli del marito, di accettare o di ripudiare la successione di quest'ultimo. La cessione, a loro dire, allorchè à avuto luogo validamente, vale a dire con l' autorizzazione del marito e nelle forme volute, diviene immediatamente diffinitiva, irrevocabile e costituisce pel creditore della moglie una garenzia che più non può dipendere dalla volontà di costei e dei suoi eredi di togliergli e rendere illusoria. Se altrimenti fosse, niuno oserebbe contrattare con una donna maritata sotto il regime della comunione, nè anche prestare al marito con la garenzia della moglie, poichè ad onta della cessione e surrogazione consentite da quest'ultima, non si avrebbe giammai la certezza di essere pagato e ne risulterebbe che sotto il regime che accorda alla moglie la più assoluta libertà di obbligarsi e di contrattare con l'autorizzazione del marito, i suoi beni si troverebbero colpiti da una specie d'inalienabilità, da una inalienabilità eventuale (5).

Dopo quanto abbiam detto è agevole lo sce-

(1) Parigi, 3 febb. 1853 (Dev., 53. 2. 307).
(2) Rig., 25 genn. 1853 (J. P., 1853, t. I, p.697).
(3) Rig., 30 apr. 1819 (J. P., 1819, t. II, p. 101).
(4) Orleans. 16 marzo 1849 (J. P., 1849, t. I, p.393).
(5) Ved. la dotta dissertazione del Carette nella raccolta del Devilleneuve, sugli arresti citati nelle note prec. (Dev., 49. 1. 165, e 2, 419)—*Junge*, Berthauld (loc. cit., n. 70 e 71).

vrire il lato debole della obbiezione. Lasciamo da banda le specie su cui siè statuito dagli arresti testè citati e segnatamente quella che fa risultare la estinzione del credito dal partito preso dalla moglie di accettare la comunione. In una certa misura ciò impegna la grave quistione di sapere se la moglie, anche quando accetti la comunione, abbia nonpertanto la sua ipoteca sui conquisti, quistione che esamineremo nel comentario dell'articolo seguente. Prendiamo la difficoltà nel suo aspetto più generale, la estinzione del credito della moglie per un fatto qualunque, e diciamo che il difetto del sistema che si agita contro le soluzioni della giurisprudenza, è di considerare le cessioni d'ipoteca anche quando sono consentite validamente e regolarmente dalla moglie, come conferenti immediatamente un dritto attuale ed irrevocabile. I caratteri proprii della convenzione sono per lo contrario l'incertezza e l'eventualità; e ciò non è nuovo. È a notarsi infatti che nell'antichissima dottrina, che già avemmo occasione di rammentare (*v. supra* n.331) se taluni autori, sorgendo contro l'opinione dominante sostenevano che l'ipoteca non poteva cedersi isolatamente e distintamente dal credito che garentiva era appunto a causa di quanto eravi di precario e di eventualo nel dritto conferito dalla cessione; « Optima ratio pro eo quod cedi non possit, qua semper cedens realem, retenta personali *posset revocari ipsam quam cessit et cessionem infringere, veluti extinguendo personalem* QUIA SUBLATO PRINCIPALI EXTINGUITUR ACCESSORIUM (1) . . . » Or ciò ei sembra del tutto decisivo; dacchè da una banda la cessione, al momento in cui intieviene, altro non dà al cessionario che un dritto puramente eventuale; dacchè dall'altra, l'ipoteca ceduta non cessa di essere nelle mani del cessionario, l'accessorio del credito al quale è stata specialmente annessa dalla legge, non si vede come potrebbe avvenire che questo eredito che è il principale, venendo ad estinguersi nelle mani della moglie, l'ipoteca che è l'accessorio sopravviva nelle mani del creditor surrogato (2).

Noi ritenghiamo dunque l'ultima applicazione consacrata dalla giurisprudenza come esatta al pari delle precedenti.

481. In tutto quel che abbiamo detto sugli effetti della surrogazione alla ipoteca legale della moglie, abbiamo avuto esclusivamente in veduta il caso in cui la moglie trovasi a fronte di un creditore al quale abbandona il suo dritto ipotecario mercè una cessione o una rinunzia. Ci rimane ora, per terminarla su questo punto, a presentare talune osservazioni tutte speciali al caso in cui la convenzione ha luogo a pro di un terzo acquirente di un immobile gravato dell'ipoteca legale. Qui la situazione differisce dalla precedente e la differenza si manifesta nella forma e negli effetti della convenzione.

Da una banda in quanto alla forma quella della *cessione*. è fuori causa: ciò risulta dalle spiegazioni che precedono (*supra* n. 465) e si comprende a meraviglia. L'acquirente in generale non ha d'uopo, come il creditore, di essere surrogato nell'ipoteca legale che egli non ha, come lui, ad esercitare attivamente il dritto ipotecario della moglie; trattasi principalmente, in quanto lo concerne, non già appunto di mettersi in luogo e vece della moglie per esercitare, avvenendone il caso, il dritto di preferenza ch'ella ha rispetto ai creditori di suo marito, ai quali è opponibile la sua ipoteca, se non vi si son fatti surrogare, ma solamente di porgere l'immobile che acquista dall'ipoteca legale, da cui è gravato o di ottenere dalla moglie che gliene assicuri o gliene garentisca, in quanto la concerne, la proprietà pacifica ed incommutabile: or la *cessione* va oltre quest'obbietto; la *rinunzia* vi basta. Ed in fatti abitualmente si procede con la forma della rinunzia: o la moglie, concorrendo all'alienazione, dichiara espressamente che rinunzia alla sua ipoteca legale sull'immobile alienato; ovvero se non è ipoteca iscritta, garentiace solidalmente la vendita fatta dal marito; ovvero ancora se l'ipoteca è stata iscritta, tu to che io massima sia dispensata da iscrizione, essa la fa radiare desistendo dal suo dritto; tale è nella pratica la forma nella quale producesi la convenzione la quale così riassumesi in una rinunzia, vuoi espressa, vuoi tacita, all'ipoteca legale.

Da un'altra banda in quanto agli effetti non bisognerebbe giudicar di quelli che produce la rinunzia nel caso in cui è fatta da un terzo acquirente da quelli che vi si rannodano, allorchè ha avuto luogo in favore di un creditore del marito o della moglie. In questo ultimo caso la rinunzia è *traslativa*, come si è veduto più sopra n. 476 e segg.; e ciò è nettamente indicato dall'art. 9 della legge del 23 marzo 1855, la quale assimilando la rinunzia alla cessione, le presenta entrambe come due cause avanti lo stesso valore e producenti entrambe un effetto comune che è la *surrogazione* del creditore nell'ipoteca

(1) J.c. di Arena (*De cess. jur.*, n. 58).

(2) Conf. Benech (loc. cit., n. 20).

legale della moglie. Ma la rinunzia all'ipoteca risultante della vendita fatta solidalmente dal marito e dalla moglie di un immobile gravato da tale ipoteca, o dalla vendita fatta dal marito sotto la fidejussione e la garenzia solidale della moglie, non è entrata nelle previsioni di questo articolo; ciò risulta dai suoi termini stessi, poichè vi si tratta esclusivamente dell' *ordine* e del *rango* o in cui i cessionarii o surrogati eserciteranno i dritti ipotecarii della moglie: la quistione di ordine e di rango è del tutto estranea al terzo acquirente. Coi principii più generali in materia di rinunzia fa d' uopo quindi giudicare degli effetti della convenzione. Or che cosa qui vediamo? Vi scorgiamo molto meno un atto diretto di rinunzia che la conseguenza obbligata e necessaria di un contratto avente un altro obbietto. In questa situazione è uopo dirlo, col Proudhon, l'alienazione del fondo consentita dai due conjugi opera necessariamente a pro dell'acquirente il *trasferimento di tutti i dritti dei venditori;* che trae seco per sua natura la *cessione dei dritti che entrambi avevano nella cosa;* che in una parola evvi rinunzia traslativa ? (1). No; fa d'uopo dire per lo contrario che la rinunza è puramente *estintiva*, o meglio che evvi qui meno una rinunzia propriamente detta che l' *estinzione* dell' ipoteca legale *a pro del terzo acquirente* sullo immobile di cui à fatto l'acquisto. Il Coin-Delisle ha ciò posto in luce con la sua abituale sagacia in una consultazione da lui recentemente deliberata: « Allorchè io vendo la mia casa e la consegno, dice il nostro giureconsulto, io rinunzio certamente al piacere di goderne ed al vantaggio di possederla: quando fo un affitto, rinunzio ai frutti naturali del mio podere per tutta la durata dell'affitto; quando garentisco la vendita di un immobile, rinunzio ai dritti di proprietà che potrei pretender sulla cosa venduta. Or tutte queste implicite rinunzie non sono nè atti, nè dichiarazioni di rinunzia; sono continuazioni o conseguenze della mia obbligazione principale; esse estinguono dei dritti che sarebbero contrarii a siffatta obbligazione; nulla trasferiscono all' acquirente del dritto principale, totto che egli profitti della estinzione assoluta o temporanea del mio dritto. È la conseguenza della regola sancita nell' articolo 1135, Codice Nap. « Le convenzioni » obbligano non solo a ciò che vi è espresso, » ma ancora a tutte le conseguenze che l'e- » quità, l' uso, la legge accordano alla ob- » bligazione secondo la natura di essa ».

Il concorso solidale adunque della moglie alla vendita fatta dal marito, e la sua fidejussione alla stessa vendita, non operano nè cessione, nè rinunzia *traslativa* dell' ipoteca legale in favore dell'acquirente nel senso dell' art. 9, della legge del 23 marzo 1855; ne operano la estinzione per l'effetto stesso della convenzione rispetto alla cosa venduta: è la estinzione per *remissione di debiti*, o per parlare più strettamente per *remissione o liberazione del pegno*». Non si sarebbe potuto dir meglio e con maggior aggiustatezza.

Checchè ne sia, la rinunzia di cui qui trattasi è fatta nell'interesse del terzo acquirente ; è una convenzione che formasi tra lui e la moglie, e non à effetto che tra di loro; di qui due conseguenze a precisare.

485. La convenzione non avendo effetto che tra il terzo acquirente e la moglie, ne segue che il dritto di continuazione soltanto è estinto ed altresì che ormai l' acquirente è al coverto da qualunque sovraimposta tanto per parte della moglie, quanto per parte dei suoi surrogati posteriori alla vendita. Ma ecco tutto; e la moglie conserva il beneficio della sua ipoteca legale rispetto a tutti i creditori di suo marito ch' ella primeggia, in guisa che può farsi pagare sul prezzo finchè esiste tra le mani dell' acquirente.

Ciò è stato non pertanto vivamente contestato, e fa d' uopo dire che la giurisprudenza della Corte di cassazione, se non sulla quistione stessa; almeno su di una quistione analoga, forniva alla contesa un potentissimo appoggio. Si sa quale è la dottrina della Corte di cassazione sugli effetti della purga, e come perseverando in una giurisprudenza che da un arresto dell' 11 agosto 1829 sino all'arresto solenne a camere riunite del 23 febbraio 1852, non à giammai variato, questa Corte decide, che la moglie la cui ipoteca legale sui beni del marito è stata purgata, più non può esercitare alcun dritto sul prezzo di questi beni, estinguendo la purga l' ipoteca tanto rispetto ai creditori ed al prezzo, quanto rispetto all'acquirente ed allo immobile. In quanto al presente, dobbiamo soffermarci su questa giurisprudenza: la valuteremo nel comentario dell'art. 2195. Tutto ciò che qui vogliam dire si è che questa giurisprudenza essendo fatta pel caso di purga dell'ipoteca legale con le formalità o secondo il modo stabiliti dagli art. 2193 e segg. Cod. Napoleone, eravi ad argomentarne per conchiuderne che, nel caso eziandio in cui la moglie rinunzia alla sua ipoteca legale in favore del terzo acquirente (il che, in fin dei conti, non è che un modo particolare di purgare l'immobile venduto dall'ipoteca legale

(1) Ved. Proudhon (Dell' *Usufr.*, n. 2340) — *Junge* Rivière e Huguet (n. 391).

da cui era gravato), l'estinzione di questa ipoteca rispetto all'acquirente e all'immobile traggono seco estinzione parimenti rispetto ai creditori ed al prezzo: e così in fatti si è argomentato.

Non pertanto i tribunali ànno costantemente respinto siffatta pretesa e la stessa Corte di cassazione si è associata a tale giurisprudenza. A dir vero sembra che in un recente arresto ella abbia di ciò fatto una quistione di valutazione, decidendo che nel caso di vendita fatta dal marito col concorso della moglie, di un immobile a lui appartenente, i giudici possono decidere, mercè interpetrazione delle stipulazioni accessorie del contratto, che la moglie non à rinunziato alla sua ipoteca legale sull'immobile venduto che in quanto concerne l'immobile stesso ed a pro dello acquirente soltanto, intendendo conservare il benefizio della sua ipoteca sul prezzo di vendita (1). Ma essa ha fermato la soluzione in massima, in un'altra circostanza, e di accordo con la giurisprudenza delle Corti e con l'opinione degli autori (2), ha giudicato dottrinalmente che il fatto per parte di una donna maritata di aver concorso alla vendita, consentita da suo marito, di un immobile dipendente dalla comunione, non trae seco rinunzia alla sua ipoteca legale su questo immobile a pro degli altri creditori di suo marito. Sarebbe difficile a parer nostro di conciliare questa giurisprudenza con gli arresti precitati del 1829 al 1852; vi ritorneremo nel comentario dell'art. 2195. Limitiamoci dunque a riconoscere che gli arresti di cui qui ora ci occupiamo sono di una perfetta esattezza, e concludiamo come essi che la rinunzia di cui qui trattasi non ha altro effetto che quello di liberare l'immobile rispetto all'acquirente, lasciandone sussistere, ma sol finchè le cose sono integre (vale a dire finchè il prezzo rimane tra le mani dello acquirente, o non è stato l'obbietto di un trasferimento e di una delegazione regolarmente fatti), il dritto di preferenza che la moglie può avere rispetto ai creditori. È la prima conseguenza che avevamo a dedurre dalla regola fermata al punto di partenza, cioè che la rinunzia di cui qui trattasi, puramente estintiva, non à effetto che tra la moglie rinunziante e l'acquirente a pro del quale la moglie ha rinunziato.

486. Ecco la seconda: giusta la legge del 23 marzo 1855 la rinunzia della moglie alla sua ipoteca legale à *per sè stessa* pieno e totale effetto al punto di vista della estinzione dell'ipoteca e della purga dell'immobile.

Qui nonpertanto si presentano opinioni contrarie. Taluni autori credono, che l'acquirente è tenuto, giusta la precitata legge, di far conoscere la rinunzia della moglie, vuoi mercè una iscrizione d'ipoteca legale a nome di costei, con menzione della rinunzia e dichiarazione che l'ipoteca grava gl'immobili del marito diversi da quello che è stato venduto all'acquirente; vuoi mercè una iscrizione in favore dello acquirente stesso sull'immobile da lui acquistato, quale iscrizione sarà soggetta alla rinnovazione decennale (3). Quest'ultima opinione è sostenuta da Rivière e Huguet, i quali credonsi autorizzati anche a dire che ogni acquirente, il quale vorrà ottenere la rinunzia all'ipoteca legale della moglie, sarà abbligato di stipulare un atto notarile, in quanto che non potrebbe, in forza di un atto sotto privata scrittura, richiedere questa inscrizione conservatoria dei suoi dritti verso i terzi a cui la moglie potrebbe in seguito cedere la sua ipoteca (4).

Senza anticipare sulla valutazione delle difficoltà relative alla pubblicità delle surrogazioni, difficoltà per ora riservate (*supra*, n. 467) è che esamineremo nel nostro comentario dell'art. 2135, possiam dire della soluzione proposta, che essa è contestabile sotto un duplice rapporto.

Da una banda, noi pensiamo che, anche dopo la legge del 23 marzo 1855, la rinunzia della moglie alla sua ipoteca legale in favore di un terzo acquirente può risultare da *un atto sotto privata scrittura* e non essere efficace che se risultasse da un atto autentico. P. es. Pietro ed Eugenia si sono maritati il 15 gennaio 1856; un anno dopo, nel gennaio 1857, Pietro vende uno dei suoi immobili a Giuseppe con atto in iscrittura privata, Eugenia interviene all'atto e dà alla vendita il suo concorso solidale, o la sua fidejussione con tutte le garenzie di dritto. Noi diciamo che in questa forma la rinunzia di Eugenia in favor di Giuseppe non vale meno che se fosse fatta nella forma autentica.

Evvi a parer nostro una ragione decisiva, già indicata al n. 484, nella circostanza che l'art. 9 della legge del 1855 avendo avuto particolarmente in mira le cessioni e le rinunzie fatte dalla moglie in favore dei suoi *creditori* o *di quelli del marito*, e non

(1) Rig., 6 nov. 1853 (Dev. 56, 1, 253).
(2) Rig., 21 febb. 1849 (J. P.; 1850, t. II, p. 66— *Junge*. Amiens, 19 dic. 1846 e 16 febb. 1854; Lione 15 maggio 1817; Caen, 17 maggio 1858 e 26 aprile 1852—Ved. ancora Troplong (n. 600), Martou (n. 935).
(3) Ved. Ducruet (loc.cit. n.42), Hervieu (J. della Cons., t.II, p.296), Alexis Leroux (Con. art. 10089).
(4) Ved. Rivière e Huguet (n. 398).

mica le rinunzie a pro dei *terzi acquirenti*; non essendo soggette queste ultime rinunzie alle condizioni volute da siffatto articolo per regolare la forma degli atti ch' esso prevede (1).

Ciò posto, noi pensiamo da altra parte, che la rinunzia opera di per sè stessa, a pro dell'acquirente, l'estinzione dell'ipoteca legale sull'immobile venduto, senza che sia di uopo di procedere alla porga dell'ipoteca legale, nè far conoscere questa rinunzia altrimenti che mercè la trascrizione della vendita alla quale la moglie ha dato il suo concorso solidale, o che essa ha garentita con tutte le cautele di dritto. Il carattere stesso della rinunzia fatta dalla moglie in favore di un terzo acquirente non permette che sia altrimenti, e appunto perchè gli autori di cui combattiamo la dottrina, àn supposto, confondendo questa rinunzia con quella che fosse fatta in favor di un creditore, che è *traslativa* al pari di questa, essi àn considerato come necessario di adempiere, oltre della trascrizione, tali o tal'altre formalità conservatorie, rispetto ai terzi, ai quali la moglie cederebbe in seguito la sua ipoteca legale. La rinunzia in favore di un terzo acquirente, qui il ripetiamo dopo averlo già dimostrato al n. 484, è puramente estintiva: ciò basta per mettere da banda la necessità di una iscrizione o di una menzione speciale, la quale ben ha potuto richiedersi per le cessioni o le rinunzie traslative, ma non lo è stato, nè à potuto esserlo per la estinzione di ipoteche risultanti dal concorso della moglie alla vendita dell'immobile gravato. Qui la purga dell'ipoteca è completa con la rinunzia stessa, e dal momento in cui l'atto di vendita nel quale è intervenuta la rinunzia estintiva è stato trascritto (e può esserlo anche quando la vendita è contestata mercè atto in privata scrittura, essendo simili atti ammessi alla trascrizione) il terzo acquirente nulla più ha a temere in quanto all'immobile dalle surrogazioni ulteriori che la moglie potrebbe consentire, nella nostra specie, all'ipoteca legale. I terzi infatti sono sufficientemente avvertiti dal registro delle trascrizioni che lor fa conoscere la vendita con tutte le condizioni del contratto; essi sanno che la moglie non può lor cedere dritti che ormai ella stessa più non ha; e se ad onta di questo avvertimento, accettassero una surrogazione, sarebbevi per parte loro una imprudenza, di cui non potrebbero farsi rilevare eccependo contro il terzo acquirente ch'egli non avrebbe richiesto iscrizione in suo nome o in quello della moglie, sull'immobile da lui acquistato o sugli altri immobili del marito: il terzo acquirente avrebbe dritto a dir loro ch' egli ha conservato, rispetto ai terzi, l'effetto della rinunzia mercè la trascrizione del contratto che la attesta, e che da questa rinunzia risultante in suo favore da un contratto trascritto, l'immobile si è trovato nelle sue mani diffinitivamente liberato e totalmente al coverto dal dritto ipotecario della moglie, dritto ormai estinto, in quanto all'immobile, non solo per lei, ma ancora pei suoi aventi dritto, generali o particolari.

487. Qui si arrestano per ora le nostre osservazioni su questa grave materia. Quali che sieno questi sviluppi (ed il loro grande sviluppo si spiega mercè la importanza stessa del soggetto e pel suo interesse eminentemente pratico), non abbiam detto tutto sulle surrogazioni all'ipoteca legale della moglie. Ma i punti di cui ci rimane a trattare si rannodano naturalmente ad altri articoli del Codice (art. 2122, 2135, 2153, ec.); vi rimandiamo il lettore e rientriamo nel comentario del nostro art. 2121, riprendendo la serie delle ipoteche legali di cui consacra la esistenza.

VII. — 488. *Dell'ipoteca legale dei minori ed interdetti.* — L'ipoteca legale dei minori ed interdetti ci viene altresì dal dritto romano come quella della donna maritata. È uopo dire anzi, che se non i furiosi, almeno i pupilli, ottennero pria della moglie la seria protezione della legge romana. Essa aveva loro accordato in pria, al pari che alla moglie, un privilegio personale soltanto, vale a dire nei principii della legge romana, un semplice dritto di preferenza sui creditori (L. 19 § 1; l. 23, ff. *De reb. auct. jud. possid.*); ma la moglie era ancora ridotta a quella garenzia incompleta ed insufficiente che, per lei, si estese in seguito in un modo sì esagerato (*supra*, n. 426), che già il privilegio personale dei pupilli era convertito in ipoteca. Una legge dell' imperatore Costantino esprime in fatti, che i beni dei tutori e dei curatori saranno ipotecariamente obbligati verso i minori (*tamquam pignoris titulo obligata*) L. 20, *C. De adm. tut.*; ed anzi si suppone che in ciò Costantino non avesse fatto che applicare ad un caso particolare una regola già introdotta dalle leggi che avevano dovuto esistere prima di lui e che sono a noi

(1) Tale sembra essere altresì l'avviso del Fourlon (Riv. prat. t. I, p. 188 e 307

rimaste ignote (1). Rispetto ai furiosi, il privilegio personale che avevano in pria ottenuto fu parimenti convertito in una ipoteca: il dubbio talvolta elevato su punto punto (2) svanisce del tutto innanzi la legge con la quale Giustiniano, al quale i furiosi son debitori della conversione del privilegio personale in ipoteca, impone al loro curatore l'obbligo dell'inventario, e grava i beni di quello di una ipoteca (*sub hypotheca* rerum ad eum pertinentium, ad similitudinem tutorum et curatorum adulti.—L. 7, § 5. *in fin.* C. *De cur. fur.* — Ved. altresì *ibid.*, § 6).

La nostra antica giurisprudenza francese non si mostrò men protettrice rispetto ai minori ed agli interdetti, tra'quali non fece alcuna differenza sotto il rapporto che ne occupa: essa tolse a prestito al dritto romano le sicurezze stabilite da quel dritto, ed accordò agli uni ed agli altri ipoteca sui beni dei loro tutori e curatori; una ipoteca *tacita* e sì favorevole che aveva luogo anche nei paesi di pignoramento.

A queste regole s'ispirò la legislazione moderna. Salvo l'epoca transitoria e di brevissima durata nella quale l'ipoteca dei minori e degl'interdetti disparve dal nostro dritto sotto l'abrogazione generale delle ipoteche tacite, (legge del 9 messidoro, anno 3,° art. 17; *ved.supra*, n.426) questa garentia non ha cessato di essere inerente al credito che i minori e gl'interdetti àn potuto avere sui loro tutori o curatori: soltanto, il legislatore moderno si è mostrato più o meno favorevole, secondo il punto di vista nel quale si è collocato. Così, sebbene ammettesse in massima l'ipoteca legale a pro dei minori ed interdetti, legge del dì 11 brumaio, anno 7, avendo fatto una regola assoluta della pubblicità degli oneri ipotecarii, ricusò a questa ipoteca, come a quella a pro delle donne maritate e degli assenti, qualunque effetto altrimenti che mercè l'iscrizione (art. 3, 4, 20); al contrario il Codice Napoleone è entrato più pienamente nelle vie dell'antica giurisprudenza francese, in quanto che, mantenendo col nostro art. 2121 il principio della ipoteca legale in favore dei minori e degl'interdetti, ha proclamato con l'art. 2135 l'esistenza di questa ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione.

Dobbiamo qui occuparci soltanto della regola, restringendo anche le nostre osservazioni ne'termini di sopra indicati (ved.n.425); epperò preciseremo in pria la causa stessa dell'ipoteca, il che ci condurrà a riconoscere quelli ai quali è dovuta e quelli i cui beni ne son gravati; indicheremo poi il credito al quale si rannoda l'ipoteca. In quanto all'estensione del dritto ipotecario ed alle sue condizioni di esistenza, è noto che dovremo spiegarli agli art. 2122, 2135, 2140 e seguenti.

489. E' uopo dire anzi tutto che l'ipoteca legale dei minori e degl'interdetti si rannoda al fatto stesso della tutela; come l'ipoteca legale della moglie si rannoda al fatto del matrimonio. Di qui tiriamo la conseguenza già dedotta ad occasione della ipoteca legale della moglie e che debb'esser qui ammessa per gli stessi motivi, che l'ipoteca dei minori ed interdetti rannodasi alla tutela, senza che debbasi tener conto delle circostanze in cui la tutela si è aperta. Epperò esisterà segnatamente nel caso di una tutela deferita nei dieci giorni precedenti il fallimento del tutore; essa esisterà segnatamente in favore del minore o dell'interdetto straniero sugl'immobili che il tutore possedesse in Francia, quand'anco la tutela forse deferita in paese straniero ed il tutore fosse straniero. La conseguenza è stata contestata nel primo caso e lo è ancora nel secondo da gravissime autorità; nonpertanto noi la riteniamo come esattissimamente dedotta dai principii, e su di entrambi i punti ci rapportiamo alle osservazioni presentate di sopra ad occasione della ipoteca legale della moglie, essendo le stesse la situazione e la ragione di decidere in quanto concerne l'ipoteca legale dei minori e degli interdetti (*ved. supra*, n. 431, 432, 433).

490. Vediamo ora quali sono quelli in favore dei quali è stabilita l'ipoteca, e quali sono quelli i cui beni ne sono gravati. Per risolvere questo punto importa, pria d'ingolfarci nei ragguagli e nelle enumerazioni che comporta, di precisare la causa stessa da cui la legge fa derivar l'ipoteca. A tal riguardo, il nostro articolo nel quale è fermata la regola non è esplicita da sè stesso, ma ravvicinandolo all'art. 2135 si comprende nettamente il pensiero del legislatore. Epperò, giusta il nostro articolo, l'ipoteca si rannoda ai dritti e crediti dei *minori* e degl'*interdetti* verso il loro *tutore* e secondo l'art. 2135 esiste sugl'immobili dei tutori *a causa della loro gestione*. Adunque la causa dell'ipoteca è nei rapporti che la legge stessa stabilisce tra una persona che si tiene come incapace ed il protettore che le dà (*supra*, n. 423), nella *gestione* che conferisce a questo protettore con missione di rappresentar l'incapace e di supplirlo in tutti gli atti civili (Cod Nap., art. 450). Si può dire quindi in tesi generale

(1) Ved. Voet (ad Pand., l. 20, t. 2, n. 19). Ved. pure Troplong (n. 420), Valette (n. 140) Marcou (n. 733).

(2) V. in ispecie Troplong (loc cit).

che àn dritto all'ipoteca solamente coloro che, vuoi a causa dell'età o della loro intelligenza, vuoi per tutt' altra causa stabilita dalla legge, si trovano legalmente impediti di gerire i loro affari, di amministrar da sè stessi il loro patrimonio e per tal motivo sono rappresentati in tutti gli atti civili, e che debbono la garenzia ipotecaria solamente coloro che sono investiti della gestione degli affari di questi incapaci, non già di una gestione tal quale, di una gestione *transitoria* in certo modo e puramente *accidentale*; ma di una gestione *permanente,generale*; permanente nel senso che dal giorno in cui principia sino a quello in cui l' incapace acquista o riprende la sua capacità, essa li prosegue senza interruzione; generale nel senso che invece di essere ristretta a tali o tal' altri beni, si estende a tutti; che in vece di restringersi a tali o tal' altri atti, li abbraccia tutti.

491. Ciò posto possiamo riprendere la quistione nei suoi particolari e veder prima quali sono quelli in favor dei quali è stabilita l' ipoteca legale. Il nostro articolo è molto preciso a tal riguardo: esso dice, è attribuita ai dritti e crediti dei *minori* e degli *interdetti*.

In quanto alla minoretà, il carattere legale ne è sufficientemente conosciuto; e nulla dobbiam qui dire.

Ma l' interdizione fa sorgere una quistione. Avvi due sorte d' interdizioni: la *giudiziaria* vale a dire quella che è prononziata dai tribunali per causa d' imbecillità, di demenza o di furore; e la *legale*, vale a dire ai termini dell' art. 2 della legge del 2-31 maggio 1854, abolitiva della morte civile e dello art. 19 Cod. penale, quella che colpisce chiunque è condannato a pene afflittive perpetue, o alla pena dei lavori forzati a tempo, della detenzione o della reclusione, e che sussista per la durata della pena. La quistione è di sapere se l' ipoteca legale debbe essere attribuita a quello che è legalmente interdetto del pari a quello che è colpito da interdizione giudiziaria. Si può dire per la negativa che gl' interdetti, assimilati ai minori dalla nostra antica giurisprudenza, e gratificati da una ipoteca legale sui beni del loro curatore, erano coloro che uno stato di imbecillità, di denunzia o di furore rendeva incapaci, e questa classe d' interdetti soltanto il Codice à avuto in mira, allorquando ha detto che le leggi sulla tutela dei minori si applicheranno alla tutela degli interdetti, Cod. Nap. art. 509. Ciò posto si può conchiudere che l' art. 2121, menzionando gl' interdetti, non si rapporta neppure agl' interdetti giudiziari, di guisa che il condannato in istato d' interdizione legale, non trovando alcun testo in suo favore, non potrebbe avere il benefizio di una ipoteca la quale non può risultare se non da una espressa disposizione della legge (1). Non pertanto questa soluzione non sarebbe la migliore e noi opiniamo che la decisione mercè la quale essa era stata in pria consacrata nell' unica specie in cui si è prodotta la quistione, è stata giustamente infirmata dai giudici di appello. L' arresto infirmativo à detto, con tutta ragione, che il sistema ammesso dai primi giudici tenderebbe a stabilire nella legge e senza alcun motivo distinzioni che non esistono. Il legislatore in fatti non à imaginato di fare classi o categorie d' interdetti, aventi ciascuna privilegi diversi; se la causa dell' interdizione differisce, il fatto dell' interdizione non grava meno la persona ed i beni dell'interdetto, avendo l'interdizione in entrambi i casi lo stesso risultato, quello di privare l' interdetto da qualunque capacità civile e di apogliarlo dell' amministrazione dei suoi beni (2); e per conseguenza l' interdizione, dacchè esiste, deve al punto di vista dell' ipoteca, produrre gli stessi effetti, vuoi che risulti dalla legge stessa, vuoi che sia stata pronunziata dal magistrato (3).

Arrogi che, anche meno che sotto l' impero del Codice penale del 1810, questa soluzione potrebbe essere oggidì contestata, dopo la leggo del 28 aprile 1832, mercè

(1) Era la soluzione proposta dalla Facoltà di dritto di Grenoble sulla inchiesta amministrativa del 1841 (*doc. ipot.*, t. II, p. 638).

(2) Dobbiam dire nondimeno esser questo un punto controvertito tra gli autori. Secondo alcuni l'interdizione legale non toglierebbe al condannato che la gestione del suo patrimonio, la percezione delle sue rendite, ma gli lascerebbe la capacità di obbligarsi, salvo che questi atti non sarebbero opponibili al sequestro. Ved. Faustin Helie e Chauveau (Teor. del Cod. pen. t. I. n. 240). Secondo altri, l'interdizione legale toglierebbe l'esercizio dei dritti civili che possono essere delegati; ma lascerebbe sussistere lo esercizio di tutti o parte dei dritti esclusivamente personali. Ved. Zachariae (t. I. p. 313 o 331), Valette su Proudhon (p. 451), Demante (Corso anal., t. I, p. 115), Demolombe (t. I p. 212). Noi pensiamo con l'arresto su citato e col Troplong (*Donaz.* n. 525) che l'articolo 29 del Codice penale (il cui pensiero per altro è completato dall'art. 3 della legge del 2-31 maggio 1854) dice implicitamente ciò che diceva espressamente l'art. 2, tit. IV, Cod. pen. del 1791, il quale vietava al condannato di esercitare i dritti civili, nel tempo stesso che lo dichiarava interdetto; e per conseguenza gli effetti dell' interdizione *legale* non sono minori di quelli dell' interdizione *giudiziaria*. Ved. in questo senso, Duranton (t. VIII, n. 101), Duvergier (*Vendita* I, p. 201, nota) Coin-Delisle (art. 912, n. 3) Molinier (*Rivista di dritto* franc. e stran. 1850, p. 484), Berthauld (*Corso di Cod. pen.*, p. 276).

(3) Ved. Pau, 19 agosto 1850 (J. P., 1852, II p. 167).

la quale sono state riformate molte disposizioni di questo Codice. Il Codice penale aveva detto che sarebbe nominato al condannato: « Un *curatore* per gerire ed amministrare i suoi beni, nella forma prescritta per la nomina dei tutori agli interdetti », e tutto che si potesse e si dovesse ammettere, anche con questa redazione, che la legge non aveva inteso privare il condannato del benefizio dell'ipoteca legale, non pertanto la parola *curatore*, dietro la quale avrebbero potuto trincerarsi, per dire che la sicurezza dell'ipoteca non essendo accordata che contro il tutore, non poteva pretendervi se non colui il quale non aveva che un *curatore*. Ma oggidì non avrebbesi neppur la risorsa, per debole che sia, di questo argomento del testo; la legge riformatrice del 28 aprile 1832 dice in fatti, che sarà nominato al condannato « *un tutore ed un tutore surrogato* per gerire ed amministrare i suoi beni, nelle forme prescritte per le nomine dei tutori e tutori surrogati agl' interdetti ». La legge penale si è dunque posta in perfetta armonia, mercè la stessa espressione, con la legge civile; nella lettera come nello spirito della legge penale essa à inteso organizzare una vera tutela in dritto come in fatto a pro del condannato cui dichiara incapace; e dacchè trattasi di una vera tutela, non meno che nel caso della interdizione giudiziariamente pronunziata contro colui che la imbecillità, la demenza, o il furore rende ugualmente incapace, non v'è pretesto perchè il favore consacrato dal nostro articolo sia negato a colui che la legge pone sotto questa tutela.

Epperò l'ipoteca legale è attribuita in pria ai minori e poscia agl' interdetti, quale che sia la causa dell'interdizione vuoi che proceda dalla legge stessa, vuoi che sia stata pronunziata giudiziariamente.

492. Ma il nostro articolo non va più oltre e per conseguenza non potrebbesi accordare l'ipoteca legale per analogia a quelli che, impediti in fatto di gerire i loro affari o di amministrare il loro patrimonio, sono rappresentati da amministratori con poteri più o meno estesi: di tal novero sono p. es. gli assenti e i mentecatti non interdetti.

In quanto agli assenti, la legge del dì 11 brumaio, anno 7, li aveva trattati, in quanto concerne l'ipoteca legale, come i minori e gl' interdetti. In fatti, giusta l'art. 21, n. 2, il dritto d'ipoteca legale esisteva « a pro dei minori, interdetti *ed assenti*, sul loro tutori, curatori *ed amministratori*, a causa della loro gestione ». Ma il nostro articolo è andato meno oltre della legge di brumaio; gli assenti non vi sono menzionati. Ciò soltanto è decisivo; e tutto che gli amministratori o immessi in possesso provvisorio dei beni dell'assente sieno tenuti verso quest'ultimo, nel caso in cui ricomparisca o si abbiano sue notizie (Cod. Nap., art. 125), nonpertanto l'assente non à altra garenzia che quella della cauzione data dagli amministratori, la quale è anche discaricata, quando l'assenza ha durato trent'anni dall'immissione provvisoria; o se sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente (Cod. Nap., art. 120, 129).

In quanto ai mentecatti non interdetti, l'ipoteca legale debb'esser loro negata per questo stesso motivo che la legge non l'accorda loro espressamente, e vedremo bentosto che niun mentecatto avrebbe dritto a pretendervi finchè non è pronunziata l'interdizione, fosse anche in istato di difesa ad una domanda in interdizione diretta contro di lui (*ved.* n. 496). Non pertanto dobbiam fare notare che, in un caso particolare, il mentecatto non interdetto può avere una ipoteca, se non legale, almeno giudiziaria, tutto che non comporti necessariamente il carattere di generalità che appartiene alle ipoteche giudiziarie: è il caso preveduto dalla legge dei 30 giugno - 6 luglio 1838 sui mentecatti. L'art. 32 di questa legge permette al tribunale civile sulla domanda dei parenti, dello sposo o della sposa, su quella della commissione amministrativa o sulla provocazione di uffizio del procuratore imperiale, di nominare in camera di consiglio, in conformità dell'art. 497, Cod. Nap., un amministratore provvisorio ai beni di qualunque persona non interdetta posta in uno stabilimento di mentecatti. E l'art. 34 aggiunge che, sulla domanda delle parti interessate, o su quella del procuratore imperiale, la sentenza che nominerà l'amministratore provvisorio potrà nel contempo costituire sui suoi beni una ipoteca *generale* o *speciale* sino alla concorrenza di una somma determinata dalla detta sentenza, la quale ipoteca dovrà essere *iscritta* a diligenza del procuratore imperiale, nel termine di quindici giorni, all'uffizio della conservazione e non daterà che dal giorno della inscrizione. Epperò, in questo caso particolare, il mentecatto non interdetto può avere, se tale è il volere del tribunale, una ipoteca sui beni dell'amministratore provvisorio, ipoteca che non è legale, poichè non esiste di pieno dritto e non ha effetto che mercè la iscrizione, ma che per la sua creazione tiene dell'ipoteca giudiziaria, in quanto che è costituita in forza di una sentenza, senza confondersi non pertanto con l'ipo-

teca giudiziaria propriamente detta, perchè può essere speciale, a differenza dell' ipoteca giudiziaria propriamente detta, la quale in massima e salvo talune modificha è generale (ved. *infra*, art. 2123, 2161.

493. Vediamo ora quali sono precisamente le persone i cui beni possono esser gravati dall' ipoteca legale per parte dei minori e degl' interdetti. Qui ancora la legge è precisa nei suoi termini: essa parla dei *tutori*. Epperò chiunque amministra i beni di un minore o di un interdetto non è sol perciò astretto alla ipoteca legale: è uopo che amministri.

Ciò ne mostra quanto sia inammissibile l' opinione degli autori e degli arresti che assimilando alla tutela l'amministrazione che l' art. 389, Cod. Nap. deferisce al padre, durante il matrimonio, dei beni personali del suoi figli minori, decidono che il padre, in questo caso, debba fornire ai suoi figli le stesse garentie che se fosse tutore, poichè i suoi poteri in quanto all' amministrazione, e le sue obbligazioni in quanto alla reddizione del conto sono le stesse (1). Ciò non sarebbe neppur vero se il padre tenesse l' amministrazione per volontà di un terzo il quale, nel conferirgliela, gli avesse imposto l' obbligo di dare ipoteca. In questo caso ben à potuto decidersi che i genitori al quali un tutore dà l' amministrazione dei beni che lega ai loro figli, potevano essere astretti a fornire ipoteca per garenzia dalla loro amministrazione (2); ma allora questa ipoteca sarà convenzionale, se risulta dalla stipulazione fatta al tempo della consegna del legato, o della esecuzione della sentenza che astringerà i parenti a fornirla: essa non sarà legale, procedendo qui il dritto di amministrare non dalla legge, ma dalla volontà del testatore. Ritorniamo dunque all' amministrazione esercitata dal padre, soltanto in forza dello articolo 389; essa gli è accordata dalla legge come un attributo della patria potestà; ed è tanto meno permesso di dire che, in questo caso, il padre è un vero tutore, salvo la parola, che non potrebbe esservi tutela, in dritto, finchè non v' è scioglimento del matrimonio: Se dunque non v' è tutela, se evvi soltanto un' amministrazione inerente alla patria autorità, il padre amministratore deve ipoteca, poichè nel pensiero della legge, la ipoteca non è, nè può essere che una conseguenza legale della *tutela*, una sicurezza accordata contro coloro che esercitano le funzioni di *tutore*, e che, specialmente per l' ipoteca legale, essenzialmente derogatoria al dritto comune, non à estensione possibile da un caso all' altro. Arrogi che la quistione oggidì non è più discussa. Gli autori e gli arresti si pronunziano ora con tale unanimità che la tesi contraria non potrebbesi produrre (3).

494. Quello che diciamo del padre amministratore dei beni personali dei suoi figli minori, è uopo dirlo ugualmente e per gli stessi motivi della madre, alla quale l' art. 141 Cod. Nap. accorda il dritto di amministrazione nel caso in cui il padre sia scomparso. La madre presente in questo caso supplisce il padre assente, e come dice con molta esattezza il Demolombe « specialmente in nome del marito stesso la madre esercita allora la patria potestà; l' art. 151 affidandole questa specie di *interim*, suppone senza alcun dubbio che il potere non ha mutato titolo; anzi non ha veramente cessato di risedere in persona del marito (4) ».

495. Ma che cosa fa mestieri dire del tutore officioso? I suoi beni sono forse gravati dall' ipoteca legale? Qui gli autori si pronunziano a un di presso invariabilmente per l'affermativa. Fra quelli che abbiam potuto consultare, non ve ne ha un solo che non supponga esservi due specie di tutela, l'ordinaria e l' officiosa. E partendo da questa idea, insegnano tutti che l' ipoteca legale stabilita dal nostro articolo in favore dei minori sui beni del loro tutore, è dovuta dal tutore officioso come dal tutore ordinario, poichè la legge non fa distinzioni, e la soluzione in diffinitiva è di tutta giustizia, in quanto che il tutore officioso al pari dell'ordinario amministra o può avere ad amministrare i beni del minore, nel qual caso è tenuto a rendere conto (Cod. Nap., articolo 365, 370) (5).

(1) Ved. Colmar. 22 maggio 1816, Tolosa. 25 dec. 1818 — *Junge*: Persil (art. 2121, n. 36), Taullar (Ip., t. II, n. 365).

(2) Req., 30 apr. 1833 (Dev., 33, 1, 463).

(3) Bruxelles, 22 maggio 1819, Rig., 5 dic. 1821, Riom. 23 maggio 1822, Liege. 3 luglio 1827, Poitiers 31 marzo 1830, Bordeaux, 10 apr. 1843, Nimes, 3 fev. 1849. Grenoble; 4 fev. 1850, Riom, 30 ag. 1852 (Dev. 47, 2, 261, J. P., 1850, t. II, p. 213, 50, 2, 513. Dall., 51, 2, 227). Ved. ancora Delvincourt (t. II, p. 317), Marcadè (t. II, n. 147). Merlin (Rep., v. Fonct. pat., sez. 4, n. 17). Favard. (v. Tut., § 1, n. 1. bis), Duranton (t. III. n. 415 e t. IX, n. 308), Troplong (n. 424), Magnin (Della Min., t.II, n. 1281) Zachariae (t. II, p. 124), Aubry (Riv. di dr. franc. 1834. p. 625), de Frominville (t. I, n. 18), Taullier (t. VII, p. 292), Valette (p. 287), Martou (n. 789), Demolombe (t. VI. n. 420).

(4) Ved. Demolombe (t. II, n. 312).

(5) Ved. Delvincourt (loc. cit.). Grenier (t. I, n. 281), Duranton (t. XIX, n. 310). Taullar (t. VII, p. 290), Persil (loc. cit., n 21). Zachariae t. II, p.122, Mourlon (Rip. scrit., t. III, p. 461). Valette (u. 419, p. 283), Troplong (n. 425), Martou (n. 770).

Non pertanto siaci permesso di dirlo: questa soluzione, tutto che ammessa dall'unanimità degli autori, ci sembra poco considerata. In pria il punto di partenza è, a parer nostro, quello che evvi di più quistionabile. Nelle regole del Codice, non vi son mica due tutele, di cui la tutela ordinaria sarebbe il genere, e l'officiosa, la specie; non ve ne ha che una sola ed è la tutela propriamente detta, quella organizzata nel titolo X del libro 1.° Cod. Nap., in cui trattasi *della Minorità, della tutela e dell'Emancipazione*. In quanto *alla Tutela officiosa*, di che è cenno al titolo VIII dello stesso libro, in cui il legislatore si occupa *dell'Adozione*, essa si rannoda a tutt'altro ordine di idee. I due titoli formano due leggi distinte nello stesso Codice, due leggi di ordine totalmente diverse e che nulla ànno di comune tra loro; l'una organizza la tutela di cui fa un onere pubblico e forzoso, che in taluni casi il tutor legale o dativo non può ricusare; l'altra autorizza una convenzione puramente volontaria che formasi con lo scambio di volontà e di consenso tra una delle parti e i parenti dell'altra: la prima regola la tutela e i doveri di coloro che la legge o il consiglio di famiglia chiamano a sostituire i genitori defunti; la seconda si occupa dei mezzi di unire un fanciullo, i cui genitori possono essere viventi, ad una famiglia diversa dalla famiglia naturale, o di disporre all'adozione. Epperò i punti di vista sono dissimili oltre ogni credere, e per riassumere tutto in una parola, si può dire che nella economia della legge, la tutela officiosa è non già *una specie di tutela*, ma *un modo particolare* di adozione. Allorchè dunque, nei diversi titoli di cui si compone, il Codice menziona il *tutore*, vuoi per aggiungere agli oneri o alle obbligazioni imposte dalla legge speciale che organizza la tutela, vuol in tutt'altro obbietto, non v'è equivoco possibile; il tutore che esso à in mira è evidentemente il vero tutore, quello la cui missione è fissata dal titolo che organizza la tutela, non è nè può esser quello che à ricevuto per estensione la qualità di tutore nel titolo relativo all'*Adozione*. Per conseguenza allorchè il nostro articolo attribuisce una ipoteca ai minori ed agli interdetti sui beni del loro *tutore*; il tutore di che parla è necessariamente il tutore ordinario, non è il tutore officioso, perchè a dir vero, e prendendo le parole nella loro accezione legale, il tutore officioso non è un vero tutore.

Ciò sembra evidente di per sè stesso; e se invece di accettar con fiducia una soluzione che si è prodotta senza discussione, la dottrina avesse paragonati e ravvicinati i testi, interrogato lo spirito ed il pensiero della legge, nulla le sarebbe sembrato meno accettabile dell'avviso al quale si è soffermata.

Laonde prendiamo in pria i testi. Niuno senza dubbio contesterà che il tutore di che trattasi nel nostro articolo è lo stesso di quello di cui è quistione del pari agli art. 2135, 2141, 2143. Ebbene! che cosa dicono questi articoli? L'art. 2135 esprime che l'ipoteca esiste a pro dei minori e degl'interdetti dal *giorno dell'accettazione della tutela*: or il tutore officioso non *accetta* la tutela, la *domanda*. L'articolo 2141 permette ai parenti *in consiglio di famiglia* di restringere l'iscrizione a taluni immobili: or il tutore officioso non debbesi rivolgere *al consiglio di famiglia*, fa innanzi al giudice di circondario un contratto coi genitori del fanciullo che si propone di adottare. L'articolo 2143 parla in seguito dell'*atto di nomina* del tutore; or il tutore officioso non può essere un tutore *nominato* nel senso di questo articolo. Non v'è dunque una sola di queste disposizioni che statuiscono ad occasione della ipoteca legale attribuita al minore sui beni del suo tutore, che non ne limiti mercè la espressione stessa al tutore ordinario. Come dunque l'art. 2121, il quale ferma il principio dell'ipoteca e di cui gli altri articoli non son che lo sviluppo, potrebbesi considerare come applicabile al tutore officioso?

Veniamo ora allo spirito della legge? Che ha mai voluto? Dare una sicurezza a degli incapaci ch'essa protegge ed, in un caso in cui tutto procede da lei o dalla sua autorità, supplire all'incapacità che ha creato, stipulando per l'incapace la garenzia ch'ei non potrebbe o non saprebbe riserbarsi. Or nella tutela officiosa non v'è nulla di ciò; tutto procede dalla convenzione, che la tutela officiosa è un contratto puramente volontario per tutti coloro che vi concorrono; colui che ne assume il peso, lo fa liberamente, e come è libero di agire, così può scegliere il fanciullo che si propone di adottare; dal loro canto i genitori del fanciullo agiscono con la stessa libertà; ed in quella guisa che possono rifiutare, alla guisa stessa sono liberi di opporre delle condizioni al loro consenso, e p. e. di esigere delle sicurezze anche ipotecarie. Dal che si scorge che sarebbe sconoscere lo spirito della legge il sottoporre il tutore officioso all'ipoteca stabilita contro il tutore ordinario; che allorquando tutto può esser regolato dalle parti stesse, quando esse possono proteggersi, la legge non à ad intervenire per esse; ed è vero il dire che una ipoteca legale risultante dalla tutela officiosa non si comprende; perchè, il ripetiamo, si è questo un contratto volontario, una convenzione la quale, oltre l'obbligazione

assunta dal tutore officioso di nutrire, educare e porre il pupillo in istato di procacciarsi la vita, è regolata dalle stipulazioni particolari (Cod. Nap., art. 364), alle quali può aggiungersi l' ipoteca convenzionale (articolo 2117).

Ma si dice « se il pupillo ha qualche beni, e se fosse anteriormente in tutela, l'amministrazione dei suoi beni, come quella della sua persona, passa al tutore officioso... » (Cod. Nap. art. 365). Che importa ciò? Questa disposizione della legge non fa del tutore officioso un vero tutore; essa prova al contrario ch' egli amministra accidentalmente soltanto quando i beni del pupillo sono nelle mani di un estraneo. Or non già per un' amministrazione accidentale la legge ha stabilito una ipoteca legale su tutti i beni presenti e futuri dello amministratore (*vedi supra*, n. 490) e non già specialmente per un' amministrazione che viene a rannodarsi accessoriamente ad un contratto di affezione e di beneficenza: non vi si rannodi adunque un onere tanto grave, se non si vuol discreditarla preventivamente e distogliere per sempre coloro che fossero i meglio disposti a farlo.

Epperò il tutore officioso non deve, al pari del padre, amministratore nel caso dell' art. 389, o della madre, amministratrice nel caso dell' art. 141, essere assimilato al tutore ordinario; e come il padre e la madre in questi casi non è soggetto all' ipoteca legale stabilita dal nostro articolo a pro dei minori ed interdetti sui beni del loro tutore.

496. Noi consideriamo come liberati parimenti il tutore *ad hoc* dato al figliuolo di cui si contesta lo stato (art. 318), il tutore particolare e speciale dato a ciascuno dei minori aventi interesse in una divisione (art. 838), il tutore alla sostituzione permessa (art. 1055 e 1056), il curatore di un minore emancipato, il curatore al ventre, il consulente giudiziario di un prodigo, l' amministratore provvisorio che può esser commesso dal tribunale per prendere cura della persona e dei beni del convenuto in una domanda per interdizione (art. 497). I poteri conferiti alle persone incaricate di queste diverse funzioni sono talmente speciali, sì ristretti o sì accidentali che non possono sotto alcun rapporto confondersi con quelli del tutore; epperò gli autori e la giurisprudenza son d' accordo nel riconoscere che neppur contro di essi è stata stabilita la ipoteca legale dei minori e degl'interdetti (1).

497. È uopo dirne altrettanto del tutor surrogato. Egli è un sorvegliante che la legge dà al tutore, ma siccome non è egli stesso investito della tutela, l'ipoteca legale non potrebbe giammai essere a lui applicabile. Ciò per altro risulta dalla stessa discussione della legge. Il Consiglio di Stato nei primitivi progetti ammetteva l' ipoteca legale sugl' immobili del tutore pel caso in cui, giusta le leggi, egli diviene responsabile verso il minore. Ma la disposizione fu cancellata in seguito delle osservazioni del Tribunato: « È d' interesse sociale, diceva quell' Assemblea, di rendere liberi il più possibile gl' immobili dalle ipoteche. Or non v' è necessità di gravare l' ipoteca legale sui beni del tutor surrogato; ma per la sicurezza della sua responsabilità a questo riguardo, è ragionevole contentarsi dell' azione che il minore può esercitare contro di lui, quando evvi luogo a reclamare tale responsabilità. Per altro dovrebbesi temere che i cittadini non facessero tutt' i loro sforzi per non avere le funzioni di tutor surrogato, qualora dovessero essere gravati di una ipoteca sì generale (2) ». In seguito di queste osservazioni la garenzia ipotecaria fu posta a carico del tutore soltanto.

Ciò basta per far mettere da banda le riserve proposte dal Persil, il quale mentre ammette in massima che i beni del tutore surrogato non sono colpiti dall' ipoteca legale attribuita ai minori ed agl' interdetti, eccetto non per tanto i casi in cui il tutor surrogato divenisse amministratore del minore o dell' interdetto, p. es., secondo il Persil, il caso in cui il tutore ha interessi contrarii a quelli del minore o dell' interdetto, o ancora il caso in cui il tutore fosse accusato come sospetto (3). Non è nostra opinione che anche in questi casi, il tutor surrogato nella sua qualità gerisca i beni del minore, o dello interdetto e per conseguenze divenga amministratore. Ma quand' anco fosse altrimenti, le eccezioni proposte dal Persil non sarebbero neppure ammessibili. Nulla nella legge autorizza a distinguere tra gli atti fatti dal tutor surrogato e a dire ch' egli è astretto alla garanzia ipotecaria per taluni e liberato per taluni altri. E' stata mente della legge di liberare il tutor surrogato in un modo assoluto; le osservazioni del Tribunato, in seguito delle quali furono modificati i primitivi progetti, lo dimostrano in modo certo. Sarebbe dunque sconoscere la legge ed estenderne arbitrariamente le disposizioni il sottoporre il tutor surrogato

(1) Montpellier, 14 giugno 1823; Req., 27 apr. 1824. Ved. ancora Merlin (Rep. v. Ip., sez. 2, § 3 art. 4, n. 3), Persil (art. 2121, n. 26 e seg.), Duranton (t. XIX, n. 314), Troplong (n. 423), Valette p. 285), Martou (n. 773, Zachariae (t. II, p. 124).

(2) Fenet (t. XV, p. 414).

(3) Persil (art. 2121, n. 27 e 28).

all'ipoteca legale per un atto qualunque delle sue funzioni (1).

498. In conchiusione dunque, la disposizione del nostro art. 2121 si applica ai tutori ordinarii, vale a dire a quelli che ànno la gestione permanente e generale di cui abbiam parlato più sopra al n. 490.—Si applica forse del pari a coloro che esercitano le funzioni di tutore senza averne il titolo legale? Poche parole di spiegazione su di entrambi i punti.

499. Il nostro articolo, abbiam detto, si applica ai tutori ordinarii. Epperò si applica a tutti quelli che sono investiti della tutela *dei minori*, senza distinzione alcuna tra la tutela deferita dalla legge stessa, vale a dire la tutela *legittima* e la tutela deferita dal consiglio di famiglia o dal superstite dei genitori, vale a dire la tutela *dativa o testamentaria*. Quelli debbono ai minori che rappresentano la garenzia dell'ipoteca sugl'immobili che loro appartengono e la debbono in tutti i casi, fossero essi stessi minori. La minorità costituisce in generale una causa d'incapacità che non permette di essere investito della tutela, ma la legge vi fa eccezione in favore dei genitori (Cod. Nap., art. 442). In questo caso, fortunatamente rarissimo, il nostro articolo riceverà la sua applicazione; e gl'immobili del tutore, tutto che minore egli stesso, non saranno men gravati dalla ipoteca legale in favore del suo figlio di cui avrà la tutela, perchè l'ipoteca esiste di pieno dritto ed in forza di una legge che colpisce i tutori in modo generale e senza distinzione alcuna.

Riceverà parimenti la sua applicazione nel caso preveduto dall'art. 396, Cod. Nap. pel nuovo marito (che sia maggiore o minore) della madre tutrice, alla quale il consiglio di famiglia conservi la tutela non ostante il novello matrimonio. L'art. 396 dice che, in questo caso, il consiglio di famiglia darà necessariamente per contutore, alla madre il secondo marito, il quale diverrà solidalmente responsabile con sua moglie della gestione posteriore al matrimonio; e poichè come esprime il Marcadè (t. 1, n. 185), costui è contutore, vale a dire *tutore con* sua moglie, egli è dunque al pari di qualunque tutore soggetto all'ipoteca legale. La soluzione è virtualmente consacrata da un arresto dal quale risulta che la madre tutrice, che è mantenuta nella tutela dei suoi figli trovasi avere per contutore il suo secondo marito, non può esercitare la sua ipoteca legale sui beni di quest'ultimo se non dopo che i suoi figli ànno esercitato la loro sugli stessi beni (2).

Nella stessa linea del tutore fa d'uopo collocare coloro che il Codice Napoleone designa sotto la qualifica di *protutori*. Com'è noto, qui non trattasi di coloro che la legge romana qualificava protutori nel suo sistema in cui era ammessa la pluralità dei tutori. Il protutore giusta il Codice Napoleone è l'amministratore accordato al minore nel tempo stesso che gli si dà un tutore, nel caso in cui questo minore domiciliato in Francia possegga beni nelle Colonie, e reciprocamente, Cod. Nap. art. 417. Il protutore è dunque colui che à l'amministrazione dei beni situati nelle colonie, se il minore è domiciliato in Francia; o dei beni situati in Francia, se il minore è domiciliato nelle Colonie. E un vero tutore, almeno rispetto ai beni; chè l'art. 417 lo dice espressamente « il tutore e il protutore sono indipendenti e non responsabili l'uno verso l'altro per la loro rispettiva gestione: » i suoi beni sono dunque gravati dall'ipoteca legale a causa della sua amministrazione.

Lo stesso è da ultimo del tutore degli *interdetti*, vuol che trattisi dell'interdizione giudiziaria per causa d'imbecillità, demenza o furore, vuoi che trattisi, dell'interdizione legale in seguito di una condanna a pene afflittive perpetue, o alla pena dei lavori forzati a tempo, della detenzione o della reclusione. In conseguenza, il marito cui s'appartiene di dritto la tutela, se la moglie è interdetta (Cod. Nap. art. 506) (1), ed in tutti gli altri casi il tutore nominato dal Consiglio di famiglia (*ibid.* art. 505) ànno i loro immobili gravati dall'ipoteca legale a pro dello interdetto che rappresentano in tutti gli atti civili (*supra*, n. 492).

500. Ma il nostro articolo si applica forse a coloro che adempiono le funzioni di tutore senza averne il titolo legale? Per dritto romano l'affermativa era certa. Tanto era il favore da cui era circondata la causa della minorità che la legge estendeva l'ipoteca ai beni di tutti coloro che, senza essere precisamente tutori, avevano amministrato i beni dei minori ad un titolo analogo o equivalente a quello di tutore; epperò l'ipoteca legale gravava i beni di colui che, senza essere tutore, aveva gerito in siffatta qualità; dell'agente contabile che era stato aggiunto al tutore, ed anche di coloro che, senza pretendersi tutori avevano gerito come amici. (L. 20,

(1) *Sic* Grenier (t. I, p. 274), Merlin (loc. cit.) Duranton (t. XIX, n. 313), Troplong (n. 422); Valette (p. 284), Martou (n. 774), Dalloz (v° Ip., p. 158), Zachariae (loc. cit., nota 10).

(2) Req., 23 nov. 1836 (Dev., 37, 1, 83; Dall., 37, 1, 37).

C. *de adm. tut.*; L. 19, § 1, e L. 23, ff. *De reb. auct. jud. possid.* ec.). La stessa regola è stata seguita dagli autori nell'antica giurisprudenza ed anche sotto il Cod. Napoleone (1). Non sarebbe nè logico, nè giusto, si è detto, che colui il quale à adempito le funzioni di tutore, che ne ha esercitato la sorveglianza, non fosse tenuto rispetto al pupillo e risponsabile al modo stesso di colui che à il titolo legale di tutore. Il pupillo può esser tenuto a soffrire pel fatto che colui il quale ha amministrato il suo patrimonio, ha gerito i suoi beni, che lo ha rappresentato negli atti civili non era stato regolarmente investito della tutela; in fatto colui il quale ha gerito per lui non ha potuto essere che un tutore agli occhi suoi; in dritto le sicurezze che la legge accorda al pupillo sugl'immobili del tutore gli sono dovute. Ed in conseguenza, accettando i termini stessi della legge romana, si è detto che l'azione ipotecaria è aperta contro colui che, senza essere tutore, ne ha esercitato le funzioni, sia che abbia creduto esser tutore, sia che abbia voluto esserlo sapendo che non lo era: *Sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen* (L. 1, § 1, ff. *De eo qui potest).*

Nonpertanto non bisognerebbe estendere la soluzione al di là di una giusta misura: perfettamente esatta rispetto a coloro che geriscono come tutori, senza essere realmente tutori, a coloro che usurpano le funzioni della tutela, mancherebbe di esattezza e di verità rispetto a coloro che, sebbene abbiano gerito, non possonsi considerare come avendo gerito *pro tutore*.

Così si è proposto p. es. il fatto di un coerede il quale si fosse impadronito indebitamente di una successione appartenente in parte ai suoi coeredi minori: la soluzione non si applicherebbe evidentemente in questo caso. «Sarebbe improponibile, dice giustamente il Troplong, di reclamare contro questo coerede una ipoteca legale, sotto pretesto ch'egli ha esercitato le funzioni di tutore; gli è aperto che, lungi dal volere esercitare le funzioni della tutela, egli ha per lo contrario cercato di frustrare i suoi coeredi e di usurpare su di essi ciò che loro apparteneva: ciò non chiamasi *pro tutore gerere* (2).»

Sarebbe lo stesso per colui il quale avesse assunta l'amministrazione dei beni di un minore *emancipato* (Cod. Nap., art. 480). Nonpertanto si è sostenuto l'avviso contrario innanzi ai tribunali ed anzi à cominciato a prevalervi. Nella specie una giovane maritata con dispensa del Principe e per conseguenza emancipata per effetto del suo matrimonio era divenuta vedova in età di 14 anni e due mesi: ella erasi ritirata presso suo padre, il quale di fatto aveva ripreso l'amministrazione dei suoi beni e della sua persona. Poscia si rimaritò e si costituì in dote 10 mila fr. che suo padre le aveva donati alla epoca del primo matrimonio. I beni di quest'ultimo essendosi in seguito posti in vendita, la figlia si presentò alla graduazione e reclamò il collocamento pei 10 mila fr. di dote, in forza dell'ipoteca legale che pretendeva avere contro suo padre, come se dopo la sua vedovanza fosse ei ridivenuto tutore. Invano le si oppose ch'ella era stata irrevocabilmente emancipata col suo primo matrimonio e che la vedovanza sopraggiuntale pria del suo quindicesimo anno non l'aveva riposta sotto la tutela del padre; la Corte di Grenoble stimò che la qualità di amministratore o di tutore non essendo stata respinta dal padre, ne seguiva che tutti i beni di quest'ultimo erano stati gravati da una ipoteca legale a pro della figlia. Evidentemente le regole erano in ciò sconosciute; chè l'emancipazione legale, acquistata di pieno dritto e pel solo fatto del matrimonio, dal minore che passa a nozze (Cod. Nap., art. 476) è irrevocabile; essa sussiste ancora dopo lo scioglimento del matrimonio, tutto che il coniuge sia ancora in quest'epoca in istato di minorità, polchè la legge che pronunzia l'emancipazione pel matrimonio non fa alcuna distinzione: se dunque l'emancipazione sussiste, non v'è tutela; e se non v'è tutela non potrebbe esservi ipoteca legale: ciò è stato riconosciuto dalla Corte Suprema, nella specie, cassando l'arresto che aveva altrimenti deciso (3).

Al contrario la soluzione si applicherà alla madre tutrice la quale, nel rimaritarsi, ha trascurato di convocare il consiglio di famiglia per decidere se la tutela debba esserle conservata. Senza dubbio l'art. 395, Cod. Nap. dispone in questo caso che la moglie perderà la tutela di pieno dritto e che il suo nuovo marito sarà solidalmente responsabile di tutte le conseguenze della tutela dalla moglie indebitamente conservata. Ma questa disposizione non significa, come à giustamente

(1) Ved. Basnage (c. 6.) Brodeau, su Louet (lp., somm. 25). Lebrun (lp. cap. 1, sez. 1, art. 3). — Conf. Troplong (n° 421) — Ved. non pertanto Grenier (t. I, n° 273).

(2) Troplong (loc. cit., n° 421), Demolombe (t. VII, p. 302, n° 509), Taulier (t. VI, p. 28, 237).

(3) Ved. Cass. 21 feb. 1821.

deciso la Corte di cassazione che la tutela della madre cessa di esistere: soltanto, una tutela di fatto è sostituita alla tutela di diritto, e se la madre tutrice non può ormai reclamarne i vantaggi, il figlio minore non conserva meno le sue sicurezze e continua ad avere la garenzia dell'ipoteca legale pei beni della madre a causa della tutela indebita e di fatto che è succeduta alla tutela legale (1).

Ma si è domandato se in questo caso ancora, come in quello dell'art. 396 esaminato di sopra (n. 499), il secondo marito è soggetto altresì all'ipoteca legale: la quistione era preveduta dalla legge romana e la soluzione ne era formalissima contro il marito: «Si mater legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum prestitum, adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit; mariti quoque ejus preteritae tutelae gestae ratiociniis bona jure pigneris tenebuntur obnoxia.» (L. 6. C. *in quib. caus. pign. vel hyp. tacita contrah.*). La stessa soluzione domina nella nostra moderna giurisprudenza (2). In quanto a noi non esiteremmo a seguir questo avviso, almeno in tesi assoluta. Lo ammetteremmo volontieri, se si opponessero al secondo marito fatti positivi di amministrazione che autorizzassero a pensare che di fatto egli stesso ha gerito la tutela, ed in questa ipotesi sembra che l'ipoteca siasi accordata al minore sui beni del secondo marito da uno degli arresti che ànno statuito sulla quistione (3). Ma saremmo disposti a rigettarlo al contrario, se il secondo marito non avesse partecipato all'amministrazione, se l'avesse lasciata alla madre, che avrebbe così continuata la gestione che esercitava come tutrice legittima pria del suo secondo matrimonio: diremmo in tal caso col Marcadè che l'art. 395 facendo perdere la tutela di pieno dritto alla moglie, nel caso che prevede, ne risulta che il secondo marito non à nè può avere la qualità di tutore; che tutto limitasi per lui alla risponsabilità delle conseguenze della tutela indebitamente conservata; e che non essendo tutore, neppur di fatto, non debba esser gravato nei suoi beni da una ipoteca stabilita soltanto sugl'immobili del tutore (4).

501. Dopo avere indicato le funzioni che riuniscono i caratteri di una vera tutela e per conseguenza traggono seco ipoteca in favore dei minori o interdetti, per completare lo nostre osservazioni sulla ipoteca dei minori e interdetti (quelle almeno che si rannodano al nostro articolo) dobbiam precisare quali sono i crediti garentiti dalla ipoteca legale.

A tal riguardo la legge è concepita in termini che non permettono equivoci. Il nostro articolo attribuisce l'ipoteca legale ai minori ed agl'interdetti pei loro *dritti* e *crediti*, e l'art. 2135 per precisare ancor meglio, viene a dirci che l'ipoteca esiste sugl'immobili appartenenti al tutore, *a causa della sua gestione*. Epperò tutte le somme di cui il tutore è debitore in seguito della sua amministrazione, tutte le somme che deve « pel suo conto » secondo la espressione del Domat (5) sono garentite dall'ipoteca legale. Appunto perciò la garenzia esiste a causa delle somme percepite dal tutore pel suo pupillo ed anche per quelle che il tutore avrebbe dovuto percepire (6); a causa dei danni di cui il tutore può esser tenuto per sue colpe o negligenze, ed a più forte ragione per le sue malversazioni (7); a causa degli atti indebitamente fatti dal tutore, specialmente delle alienazioni da lui consentite senza l'adempimento delle formalità volute dalla legge; e ciò non ostante che il pupillo abbia in questo caso l'azione revocatoria contro i terzi, quale azione non potrebbe fare ostacolo all'esercizio dell'azione ipotecaria contro il tutore, se quest'ultima fosse più vantaggiosa pel pupillo, o anche se a lui convien meglio di sceglierla (8); la garenzia da ultimo esiste non solo a causa delle somme principali, provvenienti da queste diverse cause, ma ancora per gli accessorii e per conseguenza per le spese alle quali potrebbe dar luogo l'esercizio dell'azione in reddizione di conto (9) — In tutto ciò,

(1) Req., 15 dic. 1825. Ved. pure Bruxelles, 17 marzo 1821.

(2) Ved. Parigi, 28 dic. 1822. Poitiers, 28 dic. 1824; Nîmes, 30 nov. 1834; Colmar, 26 nov. 1835; Cass. 14 dic. 1838. — Ved. pure Persil (art. 2121, n° 32), Grenier (t. 1, n° 280), Taulier (t. VII, p. 287), Troplong (n° 426).

(3) Ved. l'arresto di Poitiers del 28 dic. 1824.

(4) Conf. Delvincourt (t. 1. p. 475), Duranton (t. III, n° 426; t. XIX, n. 312). Zachariae (t. II p. 121), Marcadè (t. II, n° 187, in fine). — Ved. ancora Martou (n° 768).

(5) Domat (Leggi civili, lib. 2, tit. 1, sez. 3, n° 33).

(6) Ved. Torino, 25 gen. 1811; Parigi, 26 marzo 1836; Pau 17 giugno 1837; Rouen 18 gen. 1839 (Dev. 36, 2, 259; 38, 2, 161; 39, 2, 208).

(7) Ved. Tolosa, 18 dic. 1826; Bourges 28 aprile 1838; Pau 19 agosto 1850; Bourges 6 marzo 1855, Req. 23 dic. 1856 (Dev. 50, 2, 587; 55, 2, 353, Dall. 57, 1, 205). — Ved. ancora Douai, 18 marzo 1840 (Dev. 40, 2, 289).

(8) Grenoble, 18 lug. 1849 (Dev., 50, 2, 261) — *Junge*: Tolosa 18 dic. 1826. — Ved. nonpertanto Grenoble 12 dic. 1826.

(9) Ved. Troplong (n. 427.)

nella sua qualità di tutore colui che à gerito pel pupillo è debitore; pel conto stesso della tutela è costituito debitore d' una resta; la applicazione del nostro articolo non potrebbe dunque presentar dubbio alcuno.

Ma evvi qualche difficoltà, o meglio la soluzione è meno assoluta sul punto di sapere se la garenzia esiste parimenti a causa delle somme di cui il tutore o colui che ne à adempito le funzioni è debitore a tutt' altro titolo che quello di tutore; p. es. Pietro aveva dato a mutuo a Paolo una somma di 10mila fr.; alla morte del creditore, suo figlio il quale trova il credito nella successione, è collocato sotto la tutela di Pietro; il costui debito è forse garentito dall'ipoteca legale che il figlio di Pietro, divenuto egli stesso creditore per la morte di suo padre, à sugl'immobili del suo debitore che gli si è dato per tutore? Ciò dipende, a parer nostro, dalla epoca fissata per la esigibilità del debito. Se questo debito viene a scadere in un'epoca in coi la tutela è finita, il creditore non ha la garentia dell' ipoteca legale, chè il debitore non era ancor tutore, quando à contratto il mutuo, e più non lo era nel momento in cui doveva adempire alla sua obbligazione, di talchè il debito non essendo stato giammai debito del tutore, manca la causa costitutiva dell' ipoteca legale. La Corte di Douai ha giudicato in questo senso che il minore non à ipoteca legale sui beni del suo tutore a causa di una somma che costui è stato incaricato di lasciargli o delegare nella sua successione su di un capitale che gli si era legato (1). La decisione è perfettamente esatta: in questa situazione, in cui il tutore aveva raccolto in suo nome e non mica nella sua qualità di tutore, gli è aperto che l' obbligazione di delegare al pupillo era un onere del legato a lui fatto, e non già un onere della tutela, un onere che doveva tanto meno esser garentito dalla ipoteca legale, in quanto che il tutore non doveva adempirlo durante la sua vita, e l' obbligazione non prendeva origine che dopo finita la tutela. Al contrario se il debito diviene esigibile nel corso della tutela, esso è garentito dall' ipoteca legale al pari degli altri debiti procedenti dalle cause qui sopra indicate: chè il tutore *a seipso exigere debuit*; ha dovuto pagare a sè stesso per conto del pupillo la somma che doveva a questo ultimo; è dunque realmente come tutore; la causa dell' ipoteca producesi quindi in tutta la sua realtà (2).

502. Mercè una distinzione analoga risolveremo la quistione controvertita di sapere se la ipoteca legale sopravviva da sè stessa alla maggiorità o alla fine della tutela, e se colpisca i beni del tutore a causa della sua gestione ulteriore, o durante i dieci anni accordati al minore, a contare dalla sua maggiorità per qualunque azione che avesse ad intentare contro il suo tutore, relativamente ai fatti della tutela (Cod. Nap., art. 475). Qui non diremo in modo assoluto, come taluni arresti, che il minore può invocare il beneficio della ipoteca legale durante i dieci anni che seguono la sua maggiorità (3). Non diremo neppure in modo assoluto, in senso inverso, che l' ipoteca legale essendo quella che è accordata al minore o all' interdetto sui beni del suo tutore, non potrebbe esservi ipoteca legale dopo la morte del minore o dell' interdetto, o dopo la maggioranza del minore o il ristabilimento dell' interdetto nei suoi dritti civili, poichè allora più non v' è tutela e per conseguenza, non minore, nè interdetto, nè tutore (4). Fa d' uopo, a parer nostro, prendere un partito intermedio, o meglio è uopo distinguere tra il caso in cui gli atti di gestione a causa dei quali è invocato il soccorso dell' ipoteca legale, si rannodano alla tutela o ne sono una conseguenza necessaria ed il caso in cui ne sono del tutto indipendenti. I primi si compiranno generalmente nello spazio di tempo ben ristretto che separa abitualmente la cessione della tutela dalla reddizione del conto dovuto dal tutore, ed è giusto e logico ad un tempo di accordare a causa di questi atti il soccorso dell' ipoteca legale, poichè alla fin fine rientrano nella gestione stessa in vista della quale è stabilita l' ipoteca legale. In quanto agli altri lo stesso favore lor non è evidentemente dovuto; nulla li rannoda alla tutela, manca dunque la causa dell' ipoteca. Il pupillo o i suoi aventi dritto, se àn lasciato alle cure dell' ex tutore l'amministrazione dei loro affari ànno con ciò costituito una novella gestione, la quale non è, come la tutela, stabilita dalla legge nè nelle condizioni di tempo e di durata alle quali particolari convenzioni nulla possono aggiungere. Si è dunque in tal

(1) Ved. Douai 4 maggio 1846 (Dev. 46, 2, 470).

(2) Torino, 25 gen. 1811. — Ved. in questo senso, Merlin (*Rep.* v° Ip. sez. 2 § 3 art. 4 n. 3), Persil (art. 2135, n. 5); Dalloz (v° p. 160, 161), Zachariae (t. II, p. 122), Troplong (n. 427), Taulier (t. VII, p. 295).

(3) Ved. Cass. 21 feb. 1838, 18 agosto 1840, 28 nov. 1841; Orleans 12 genn. 1839, Tolosa 18 lug. 1839; Pau 19 agosto 1830; Tolosa 7 marzo 1833; Req. 23 dic. 1836 (Dev. 38, 1, 193; 40, 1, 993; 39, 2, 373 e 525; 53, 2, 259; *J. P.* 1843, t. II, p. 454; 1852, t. II, p. 467; Dall. 57, 1, 203). Ved. pure Troplong (n. 527).

(4) Grenoble 16 genn. 1832; Bourges, 28 apr. 1833 (*J. P.*, 1838, t. II, p. 530).

caso un accordo preso tra persone capaci, il dritto comune vi basta, e la legge non vi debbe intervenire con le sue protezioni eccezionali. Tutto consisterà quindi, sulla difficoltà proposta, nel punto di sapere se gli atti di gestione si rannodano o pur no alla tutela; se si possono o pur no considerare come in essa compresi o facienti parte di essa; sarà questa una valutazione a farsi dai tribunali (1).

Oggidì per altro la soluzione della quistione riceverà, in una certa misura, la influenza della legge del 23 marzo 1855, il cui art. 8 dispone che « se la vedova, il minore divenuto maggiore, l' interdetto riabilitato dalla interdizione, i loro eredi o aventi causa, non ànno preso inscrizione nell' anno seguente lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, la loro ipoteca non data, rispetto ai terzi, che dal giorno delle inscrizioni ulteriormente prese». Ma ciò concerne ancora e più particolarmente quistioni di diverso ordine, vi ritorneremo nel comentario dell' art. 2135, in cui si rinviene del pari il complemento delle nostre spiegazioni relativamente all' ipoteca legale dei minori e degl' interdetti.

VIII.— 503. *Dell'ipoteca legale dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici.* — Da ultimo la terza ipoteca legale stabilita dal nostro articolo è quella dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sui beni dei ricevitori contabili Sotto il rapporto della estensione e delle condizioni di esistenza, questa terza ipoteca legale differisce essenzialmente dalle precedenti, come si vedrà dalle spiegazioni sugli art. 2122, 2135, e 2161. Il solo punto che dobbiam qui precisare, concerne la causa stessa dell' ipoteca, il che per questa ipoteca, come per quella dei minori ed interdetti, deve menarci a riconoscere le persone alle quali è dovuta e quelle i cui beni ne sono gravati.

504. Lo Stato, i comuni e gli stabilimenti pubblici sono stati sempre considerati como minori relativamente ai loro beni ed astretti a confidarsi, per la riscossione dei loro danari, ad amministratori contabili il cui dovere nel cerchio delle loro funzioni è come quello dei tutori. La causa dell' ipoteca è in questa situazione la stessa. La legge vuole proteggere lo Stato, i comuni e gli stabilimenti pubblici contro i possibili abusi, lo colpe, o anche le negligenze per parte degl' intermediarii ai quali sono costretti ad affidarsi, ed uno dei mezzi di protezione si è appunto l' ipoteca legale, la quale, colpendo preventivamente i beni dell' intermediario per garenzia della sua gestione permetterà, finchè le condizioni alle quali sono subordinate l'esistenza e l'efficacia dell'ipoteca saranno state adempite, di ricuperare sui beni proprii di questo intermediario e nella misura del loro valore la perdita che la sua amministrazione impreveggente o colpevole avesse potuto cagionare. — Vediamo ora chi ha dritto a questa ipoteca eccezionale; diremo poscia contro di chi è stabilita.

505. — Il nostro articolo accorda in pria l' ipoteca legale allo Stato. Già sappiamo che lo Stato ha un' altra simile sicurezza contro i suoi contabili, una sicurezza superiore ancora all' ipoteca: è un privilegio sul quale già ci siamo spiegati (ai n. 38 e seguenti). Ma questo privilegio il quale è generale sui mobili è limitato al contrario rispetto agli immobili, esso non si applica, come abbiam già detto al n. 42, che agli immobili acquistati *a titolo oneroso dopo la nomina del contabile*, vuoi da lui stesso, vuoi dalla moglie anche separata di beni, salvo in quanto a quest'ultima, il dritto che ha di giustificare legalmente che le summe impiegate all' acquisto a lei si appartenevano. Ritorneremo su di ciò nel comentario dell' art. 2122 (*ved.* n. 513), nell' occuparci della estensione dell' ipoteca legale; e per ora ci limitiamo ad aggiungere che un avviso del Consiglio di Stato approvato il 25 febb. 1808, ha sulle considerazioni che abbiam già avuto l' occasione di dedurre (*supra*, n. 38), esteso al tesoro della corona l' ipoteca stabilita dal nostro articolo in favore dello Stato.

Dopo lo Stato l'articolo menziona i comuni. Non abbiamo neppure osservazioni particolari a presentare su questo punto tranne che niuna legge speciale ha statuito sulle garenzie accordate ai comuni contro i loro contabili e che per essi tutto è nel principio fermato dall'art. 2121. Epperò i comuni non àn privilegio come lo Stato, essi ànno semplicemente l' ipoteca legale che loro è attribuita da questo articolo (2).

È lo stesso degli stabilimenti pubblici che il nostro articolo menziona dopo i comuni; l' unica garenzia che lor sia data è quella dell' ipoteca legale. Ma la difficoltà qui consiste a riconoscere quali stabilimenti debbono essere classificati nella categoria degli stabi-

(1) Angers 23 feb. 1853: Cass. 9 gen. 1853 (Dall., 53, 2, 52; Dev. 53, 1, 125; *J. P.*, 1856, t. I, p. 305). Conf. Demolombe (t. VIII, n. 28 e seg.) Marlou (n° 785), Dalloz (*Rep.* nuova ediz. v. Minorètà n. 583). — *Junge*: Grenoble 4 gen. 1854; Bourges 6 marzo 1855 (Dall. 54, 2, 137; 55, 2, 300).

(2) Un arresto decide che l'ipoteca non esisteva a pro dei Comuni pria del Cod. Nap. Rig 26 marzo 18 .

lim nti pubblici. Fa d'uopo intendere con ci tutti gli stabilimenti fondati vuoi dallo Stato, vuoi dai Comuni debitamente autorizzati, in quanto questi stabilimenti abbiano per oggetto uno scopo di utilità pubblica. L'Università in tal caso, e ciò è stato formalmente espresso dal decreto del 15 novembre 1811, il cui art. 155 dispone che « l' art. 2120 Cod. Nap., il quale stabilisce l' ipoteca legale a pro degli stabilimenti pubblici sarà applicabile all' Università » è uopo allegarvi parimenti gli ospedali, le case di asilo, gli stabilimenti di carità, ec. Ma non vi si allogheranno le società di mutuo soccorso, quelle di mutuo insegnamento, le quali, tutto che siano istituzioni d' *interesse pubblico*, nonpertanto non sono *stabilimenti* pubblici, in quanto la loro origine è tutta privata.

Su questo punto è sorta una quistione in questi ultimi tempi; è quella di sapere se le casse di risparmio costituiscano uno stabilimento pubblico nel senso legale della parola. La Corte di cassazione stessa è stata investita della difficoltà in un punto di vista particolare o tutto speciale, quello di sapere se le casse di risparmio àn d' uopo, per agire o difendersi in giudizio, di una preventiva autorizzazione. Nonpertanto la Corte di cassazione non si è nettamente spiegata sul carattere delle casse di risparmio e senza dire precisamente se sono o pur no stabilimenti pubblici, ha sol giudicato che il silenzio della legge del 5 giugno 1835, costitutiva delle casse di risparmio, in quanto all' autorizzazione di litigare, non permette di considerarlo come soggette alla necessità di una simile autorizzazione (1). Ma la quistione è stata nettamente troncata da altri arresti emanenti da Corti imperiali o decidendo, taluni che le casse di risparmio non sono che stabilimenti privati (2); gli altri al contrario che sono stabilimenti pubblici (3). In quanto a noi pensiamo che le casse di risparmio, pria della legge costitutiva del 5 giugno 1835 àn potuto considerarsi come stabilimenti puramente privati; ma sembrerebbe difficile di non iscorgervi stabilimenti pubblici dopo la promulgazione della precitata legge e delle leggi ulteriori, di cui sono state successivamente l' obbietto, epperò la legge del 5 giugno 1835 esige l' autorizzazione del governo per la fondazione delle casse di risparmio, e le dichiara abili a ricevere donazioni e legati nelle forme e secondo le regole prescritte per gli stabilimenti di utilità pubblica; le leggi del 22 e 30 giugno 1850 ed il regolamento di amministrazione pubblica del 15 aprile 1852 determinano il modo di sorveglianza delle casse di risparmio, la loro gestione, la loro responsabilità, la cauzione dei loro cassieri, tutto ciò implica l' idea di stabilimenti pubblici, e quindi è parer nostro che l' art. 2141 si applica alle casse di risparmio le quali ànno così un' ipoteca legale sugl' immobili dei loro cassieri e ricevitori; così decide specialmente uno degli arresti, ai quali facevamo pocanzi allusione (4).

506. Contro chi è accordata l' ipoteca legale? Il nostro articolo ne dice contro i *ricevitori ed amministratori contabili*. Ci siamo già spiegati su questo punto trattando del privilegio accordato allo Stato dalla legge del 5 sett. 1807, non ci resta che riportarci alle nostre precedenti osservazioni, *supra* n. 39; aggiungendo esser dell' ipoteca legale lo stesso che dei privilegi, dal momento in cui quella dei comuni e degli stabilimenti pubblici al pari di quella dello Stato è accordata soltanto contro i funzionarii ai quali è accordata la riscossione di pubblici danari e non mica contro quelli le cui funzioni consistono unicamente a dirigere l' impiego di questi danari o a sorvegliare l' amministrazione e la gestione degli agenti contabili (5); donde segue che i comuni e gli stabilimenti pubblici non possono pretendere una ipoteca legale sui beni dei prefetti e dei sindaci che non ricevono i loro fondi, ma ne ordinano e ne sorvegliano l' impiego.

Qui si arrestano le nostre osservazioni in quanto concerne il principio stesso dell' ipoteca legale e la sua causa nei tro casi in cui è stabilita dal nostro articolo, vediamo ora quale ne è la estensione.

2122 [2008]. — Il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitar la sua ragione sopra tutti gl' immobili spettanti al debitore, e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire, colle modificazioni che appresso si esporranno (a).

2140 [2034]. — Quando nel contratto di matrimonio, i contraenti di età mag-

(1) Cass. 5. aprile 1854 (Dev. 54, 1, 301).
(2) Parigi 17 marzo 1854; Caen, 18 maggio 1854 (Dev. 55, 2, 564 e 697).
(3) Amiens, 22 marzo 1855 (Dev. 55, 2, 350).
(4) Ved. l'arresto d Amiens citato alla nota precedente.
(5) Ved. talune speciali applicazioni negli arresti seguenti: Pau 25 giugno 1816; Rig. 3 lug. 1817; Cass. 12 gen. 1835; Rig. 9 giugno 1848 (Dall. 53, 1, 306).
(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

giore avranno convenuto che non si faccia inscrizione se non che sopra uno stabile, o sopra certi stabili del marito, gli altri, che non saranno indicati, per la inscrizione, rimarranno liberi e sciolti dall'ipoteca per la dote della moglie e per gli altri diritti e patti nuziali. Non si potrà pattuire che non si faccia alcuna inscrizione (a).

2141 [2035]. — Lo stesso avrà luogo per gl'immobili del tutore, quando i parenti uniti in consiglio di famiglia siano stati di parere che non si faccia inscrizione se non sopra determinati immobili (b).

2142 [2036]. — Nel caso dei due articoli precedenti, il marito, il tutore, non saranno tenuti a richiedere l'inscrizione fuorchè sugl'immobili indicati (c).

2143 [2037]. Quando l'ipoteca non sia stata limitata dall'atto di nomina del tutore, potrà questi, nel caso in cui l'ipoteca generale su i loro immobili eccedesse notoriamente le sicurtà sufficienti per cautelare la sua amministrazione, domandare che l'ipoteca sia ristretta agl'immobili sufficienti a produrre una piena sicurezza a favore del minore.

La domanda si farà contro il tutore surrogato, e sarà preceduta dal parere del consiglio di famiglia (d).

2144 [2038]. — Potrà ugualmente il marito, col consenso della moglie, e previo il parere di quattro più prossimi parenti di lei riuniti in consiglio di famiglia, domandare che l'ipoteca generale costituita sopra tutti i suoi immobili per l'assicurazione della dote, dei diritti e dei patti nuziali venga ristretta sopra una quantità d'immobili bastanti per l'intera conservazione de' diritti della moglie (e).

(a) L'art. 2031 LL. CC. che è conforme al 2140 C. francese è preceduto da' sette articoli seguenti, che sono un aggiunzione

2027. — Se il creditore ha divisa egli stesso o volontariamente la propria azione, non può recedere dalla fatta divisione quando ancora prima del tempo in cui vi ha in tal modo acconsentito, vi fossero dei fideiussori insolvibili.

2028. — Il fideiussore che ha pagato, ha regresso contro il debitore principale tanto nel caso che la sicurtà siasi fatta con scienza del debitore, come senza di lui saputa.

Questo regresso ha luogo tanto per il capitale che per gl interessi e spese; il fideiussore però non ha regresso che per le spese da esso fatte dopo che ha denunziato al debitore principale le molestie sofferte.

Egli ha pure regresso se vi è luogo per i danni ed interessi

2029. — Il fideiussore che ha pagato il debito subentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore.

2030. — Quando vi sono più debitori principali e solidarj di uno stesso debito, il fidejussore che ha fatta sicurtà per tutti, ha contro ciascuno di essi il regresso per ripetere il totale di ciò che ha pagato.

2031. — Il fidejussore che ha pagato una volta, non ha regresso contro il debitore principale che abbia pagato egli pure qualora non l'abbia avvertito del pagamento fatto da esso fidejussore; salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione.

Quando il fidejussore avrà pagato senza essere pulsato, e senza avere avvertito il debitore principale, non avrà alcun regresso contro di questo nel caso in cui, al tempo del fatto pagamento il debitore predetto avesse avuto dei mezzi per far dichiarare estinto il debito salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione

2032. — Il fidejussore anche prima d'aver pagato, può agire contro il debitore per esser da lui rilevato.

1.° Quando è convenuto giudizialmente per il pagamento;

2.° Quando il debitore è fallito o si trovi in istato di prossima decozione;

3. Quando il debitore siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato;

4. Quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine che era stato convenuto pel pagamento.

5. Al termine di anni dieci quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato come accade riguardo alla tutela.

2033. — Quando più persone abbiano fatta sicurtà per uno stesso debitore o per un medesimo debito, il fidejussore che ha pagato il debito, ha regresso con gli altri fidejussori per la loro rispettiva porzione.

Questo regresso però non ha luogo che quando il fidejussore abbia pagato in uno dei casi enunciati nell'articolo precedente.

Coi primi cinque il nostro legislatore ha mirato ad ovviare agl'imbarazzi che ingeneravano nelle private contrattazioni e nella circolazione de beni le ipoteche legali per le doti delle mogli e per le tutele dei minori o degli interdetti.

Gli ultimi due risolvono la quistione già dibattuta in Francia se l'ipoteca legale conservasse il suo grado indipendentemente da ogni iscrizione, anche sciolto il matrimonio o cessata la tutela o l'interdizione; ovvero dovesse esservi un termine a prender l'iscrizione, elasso il quale l'ipoteca perdesse il suo principale attributo e non avesse che il grado determinato dalla iscrizione tardiva. Ne tribunali francesi era invalsa la prima opinione; ma fra noi si è fatta prevalere la pubblicità dei registri o la considerazione che sciolto il matrimonio o compiuta la minorità o tolta l'interdizione cessano gl'impedimenti pe' quali la donna maritata, il pupillo o l'interdetto non potevano prendere l'iscrizione.

Per effetto di queste nuove disposizioni furono aggiunte all'art. 2022 LL. CC. le parole: « o ciò quanto volte non siasi la iscrizione presa subito dopo la stipulazione, *nel modo che si dirà più appresso*.

L. L. G

(b c d e) Niuna divergenza è fra questi articoli.

2145 [2039].—Non si pronunzierà sentenza sulle domande de' mariti e de' tutori, se non dopo aver sentito il procuratore imperiale ed in contraddittorio con lui.

Nel caso che il tribunale pronunzi la riduzione della ipoteca a determinati immobili, saranno cancellate le iscrizioni fatte sopra tutti gli altri (a).

SOMMARIO.

I. Perchè qui riuniamo i sette articoli suddetti. — Divisione.
II. In massima, l'ipoteca legale è generale, nel senso che si estende a tutti gl'immobili presenti e futuri del debitore, anche a quelli che il debitore avesse egli stesso acquistati dopo aver perduto la qualità per la quale sono affetti i suoi beni.
III. Applicazione della regola a ciascuna delle ipoteche legali stabilite dall' art. 2121, Cod. Nap.
IV. Continuazione: osservazioni particolari in quanto concerne l'ipoteca legale della moglie; — la sua ipoteca si estende, in taluni casi eccezionalmente preveduti dalla legge a beni che non appartengono al marito che sotto una condizione risolutiva (Cod. Nap. n. 952 e 1054); essa si estende, nel caso in cui la moglie è maritata in comunione agli acquisti, anche quando sono stati alienati o gravati da dritti reali durante il matrimonio, e ciò in tutti i casi salvo quello in cui la moglie fosse concorsa all'alienazione o all'affezione del conquisto. Ritrattazione di una contraria opinione dell' autore.
V. La regola della generalità dell' ipoteca legale soffre eccezione in taluni casi: il primo è stabilito dalla legge stessa: è proprio all' ipoteca legale della moglie e si verifica quando il marito cade in fallimento. Quali sono in tal caso i beni gravati dall' ipoteca legale della moglie; esame della giurisprudenza.
VI. Il secondo caso procede dalla convenzione: è proprio all' ipoteca legale della moglie ed a quella dei minori ed interdetti; ma l'ipoteca legale dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici non v'è compresa. Il caso preveduto dagli art. 2140 e segg. permette di specializzare l'ipoteca e di restringerla ad uno o più immobili di un valore sufficiente per garentire i dritti e crediti della moglie, del minore o dell' interdetto.
VII. Della specializzazione dell'ipoteca convenuta nel contratto di matrimonio o nell' atto di nomina del tutore.
VIII. Della specializzazione fatta durante il matrimonio e la tutela, allorquando non si è convenuta col contratto di matrimonio, o nell' atto di nomina del tutore.

I. — 507. Abbiam mostrato più sopra, nell'occuparci della natura e dei caratteri dell'ipoteca che, nel sistema della legge, àvvi delle ipoteche *generali* e delle ipoteche *speciali*, le prime estese a tutti gl'immobili del debitore, le altre limitate a taluni determinati immobili. Abbiam detto del pari che le ipoteche *speciali* o *determinate* sono solo quelle la cui causa è nella convenzione delle parti (*supra*, n. 323). L'ipoteca legale dunque doveva essere *generale* ed *indeterminata*, poichè esiste di pieno dritto, fuori di qualunque convenzione, per la sola autorità della legge e indipendentemente da qualunque manifestazione della volontà, pel creditore, di ottenere questa sicurezza, e per l' obbligato di consentirla. E di fermo l' art. 2122 qui ci dice che « il creditore il quale ha una ipoteca legale può esercitare il suo dritto *su tutti gl'immobili appartenenti al suo debitore e su tutti quelli che potranno in seguito appartenergli*. »

Questa generalità che è uno dei caratteri dell' ipoteca legale è stata altresì uno dei punti ai quali la critica e la riforma si sono il più sovente rannodate; e fa d' uopo dire che, in apparenza almeno, è uno dei lati mercè i quali l'ipoteca legale à potuto dare qualche appicco alle censure. A prima vista in fatti la generalità dell' ipoteca legale ed il suo carattere indeterminato si mostrano come un inconveniente ed un pericolo, se non pei terzi i quali in qualunque stato di causa possono premunirsi contro gli effetti di una tale ipoteca, o anche astenersi dal trattare col debitore i cui beni ne sono gravati, almeno per questo debitore stesso, il cui credito è paralizzato, la cui azione è impacciata dall' onere che affetta sovente oltre quel che esigerebbe la sicurezza dei dritti e crediti, ai quali rannodasi l' ipoteca legale.

Non pertanto fa d' uopo non esagerare; guardandovi dappresso si vede che l'inconveniente ed il pericolo non sono in realtà quello che sono in apparenza. In pria l' ipoteca dei minori e degl' interdetti è necessariamente temporanea; quella dei minori, perchè la minorità ha il suo termine indicato dalla legge ed anche senza attendere la maggiorità il minore può uscir dalla tutela per la emancipazione; quella degl' interdetti, perchè niuno (tranne i conjugi) degli ascendenti e discendenti è tenuto a conservare la tutela di un interdetto oltre dieci anni, ed allo spirar di questo termine, il tutore deve dimandare e può ottenere il suo rimpiazzo (Cod. Nap., art. 508). In quanto all' ipoteca legale della moglie, l' inconveniente risultante dalla generalità di essa al punto di vista del credito del marito trova il suo rimedio ed il controcolpo nelle cessioni e rinunzie da noi studiate sotto l' articolo precedente, in quelle surrogazioni imaginate dalla pratica, e che a un di presso in qualunque ipotesi (poichè non ne è eccettuata che quella in cui la moglie è collocata sotto una costituzione generale di dote, ved. n. 451 e segg.) permettono alla moglie di ristabilire il credito del marito arrecandogli il concorso del suo proprio credito.

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

E poi non è tutto, la legge stessa viene in soccorso del debitore i cui beni sono gravati da una ipoteca legale: senza dubbio essa non si spinge, ad esempio delle legislazioni alemanne, recentemente imitate in una certa misura nel Belgio (1), sino a fermare in massima che non si dovranno stimare anticipatamente e valutare a cottimo i crediti garentiti dall' ipoteca legale; una tale massima oltre di essere compromissiva in molti casi a causa della impossibilità di determinare anticipatamente l'importo dei crediti ai quali è dovuta la sicurezza dell' ipoteca, non può trovare il suo posto che in un sistema di legislazione il quale forma dell' iscrizione la condizione di esistenza dell' ipoteca; or in tesi generale l' ipoteca legale, giusta il nostro Codice, esiste indipendentemente da qualunque iscrizione (art. 2195). Ma il nostro Codice non respinge in modo assoluto la massima di queste legislazioni straniere;esso prevede il caso in cui l' ipoteca eccede notoriamente le sicurezze sufficienti per la gestione del marito o del tutore, ed in questo caso corregge e tempera l' inconveniente che può risultare dalla generalità dell' ipoteca al punto di vista del credito del tutore o del marito; permettendo per eccezione alle parti interessate, mercè l'osservanza delle formalità che à avuto cura di determinare, di specializzare l' ipoteca convenzionalmente tra loro; o di farla specializzare giudiziariamente dai tribunali. Siffatto temperamento la legge ha fatto presentire nell' articolo 2122, allorquando dopo avere fermato la massima della generalità per l' ipoteca legale, aggiunge « sotto le modificazioni che saranno espresse qui appresso»; e siffatto temperamento essa poscia organizza negli articoli 2140 a 2145, i quali si occupano successivamente della restrizione *convenzionale* dell' ipoteca legale e della sua restrizione *giudiziariamente autorizzata*, allorchè le parti anno omesso o non sono state in grado di provvedervi con la convenzione.

Scorgesi da questa esposizione come gli articoli 2140 e segg. sino all' articolo 2145 inclusivo si rannodano all' articolo 2122, e perchè, dovendo spiegarci sulla estensione dell' ipoteca legale in quanto ai beni che affetta, abbiamo ravvicinati e riuniti questi diversi articoli (1). Poniamo così sotto lo sguardo del lettore ad un tempo la regola e la eccezione; la intelligenza della legge non può che esserne facilitata. Seguiamo ora la legge nei suoi ragguagli, ed atteniamoci in pria alla regola, vedremo in seguito l' eccezione.

II. — 508. In massima, l' ipoteca legale è generale; è una delle sue prerogative; e questa prerogativa a differenza di quella che consiste nella dispensa da iscrizione o da pubblicità, non tiene solamente allo stato di incapacità o di subordinazione del creditore (*supra*, n. 466), tiene ancora alla natura stessa del credito, di cui l'ipoteca legale è l'accessorio. Il credito infatti risulta da una serie di atti di amministrazione, di gestione o di alienazione, in seguito dei quali la situazione del debitore rispetto al creditore può essere incessantemente modificata, di tal che sino al giorno che viene a porre termine alla gestione, sino all'atto che liquida la posizione, ovvero acclara i conti, non è possibile di fissare in modo certo e preciso la misura in cui il gerente potrà esser costituito debitore. Di qui deriva la generalità dell'ipoteca: siccome era impossibile di circoscrivere anticipatamente e di specificare il pegno di un credito, di cui nulla permette intravedere anticipatamente l'importanza e la quantità, tutti gl' immobili del gerente, i suoi immobili presenti e futuri, dovevano essere offerti in pegno e gravati eventualmente: tale è la regola formolata dal nostro art. 2122. Le applicazioni che essa è suscettibile di ricevere son varie; àvvene talune comuni alle diverse ipoteche legali stabilite dall'art. 2121, altre che concernono particolarmente l'ipoteca legale della moglie: pria d'inoltrarci in questi ragguagli, importa fissarsi sulla regola stessa.

509. — La legge ne dice che l'ipoteca legale grava tutti gl'immobili *appartenenti attualmente al debitore e tutti quelli che potranno appartenergli*. Di qui una difficoltà; l'ipoteca si rannoderà forse a tutti gl'immobili acquistati dal debitore *in un' epoca qualunque*, fosse anco quando ha perduto la qualità di tutore per la cessazione della tutela, la qualità di marito per lo scioglimento del matrimonio, la qualità di amministratore contabile per dimissione, revoca, o altrimenti? P. es. Paolo è tutore di suo figlio e un anno dopo si rende acquirente della terra di Nervers. Più tardi, questa terra è venduta e si apre una graduazione sul prezzo: l'avola mater-

(1) Ved la legge belga del 16 dic. 1851, art. 64 e segg. Delebecque (*Comm legisl* p. 249 e segg.), Martou (t. III, p. 5, e n. 880 e segg.).

(1) Gli art. 2161. 2162 e 2165, contengono disposizioni analoghe a quelle degli art. 2140 e seg. Non pertanto questi art. a differenza degli art. 2140-2145 non sono proprii all'*ipoteca legale*. È vero dire anzi che si riferiscono più specialmente all' ipoteca *giudiziaria*. Ecco perchè sarà più a proposito di occuparcene nella sezione seguente che à per obbietto quest'ultima ipoteca.

na del minore defunto, sua erede per metà (essendo l'altra metà devoluta al padre) viene alla gradnazione e vi reclama il collocamento in forza dell'ipotesa legale del minore Pietro sugl'immobili di Paolo, suo padre e tutore. I creditori di quest'ultimo, iscritti sulla terra di Nervers, contestano siffatta collocazione, sotto pretesto che l'ipoteca legale del minore non può estendersi su di un immobile che non è divenuto la proprietà del tutore se non un anno dopo la cessazione della tutela. Vi àn forse dritto? Lo si potrebbe credere, attenendosi ai testi soltanto; potrebbesi dire in fatto e si è più volte detto innanzi ai tribunali, che i dritti e crediti ai quali l'ipoteca legale è attribuita dall'art. 2121, son quelli delle donne maritate sui beni *dei loro mariti*, quelli dei minori ed interdetti sui beni *dei loro tutori*, quelli dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sui beni *degli amministratori contabili*, e che più non v'è nè *marito*, nè *tutore*, nè *amministrator contabile*, quando il matrimonio, la tutela e l'amministrazione del contabile sono cessate Invocando il benefizio della regola *cessante causa, cessat effectus*, si può soggiungere che, quando più non v'è matrimonio, tutela o riscossione di pubblici danari, più non è possibile di acquistare un dritto che precedentemente non esisteva; che se i dritti acquistati debbonsi mantenere nel senso che i beni regolarmente colpiti dall'ipoteca legale continueranno ad esservi sottoposti, debb'essere tutt'altrimenti rispetto ai beni sopraggiunti al debitore dopo la cessazione della causa che produceva l'ipoteca, e che nel manco dell'elemento generatore di questa ipoteca privilegiata, i beni acquistati più non possono essere colpiti (1).

Queste considerazioni nonpertanto non àn prevaluto nè in dottrina, nè in giurisprudenza. I tribunali e gli autori ànno costantemente deciso che l'ipoteca legale della moglie o del minore colpisce anche i beni ricaduti al marito o al tutore dopo lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela (2); e la Corte di Rouen à fatto una speciale applicazione di questa dottrina, decidendo che la moglie di un commerciante fallito conserva, dopo il concordato ottenuto dal marito, una ipoteca legale sui beni che ricadranno ulteriormente a costui, per garentia della restituzione della porzione della sua dote eccedente la dividenda ch'ella à riscosso nell'attivo del fallimento (3)—Questa soluzione non ci sembra contestabile. Gli è certo da una banda, che i dritti e crediti delle mogli, dei minori ed interdetti, dello Stato, ec. sono garentiti da una ipoteca legale sui beni dei mariti, tutori ed amministratori contabili (art. 2121); da un'altra banda, gli è certo che colui al quale la legge attribuisce una ipoteca legale esercita o può esercitare il suo dritto su tutti gl'immobili appartenenti al suo debitore e *su tutti quelli che possono in seguito appartenergli* (art. 2122). Or la legge non fa qui alcuna restrizione.

Non è dunque possibile di porre al coverto dal dritto ipotecario i beni che ricadono al debitore dopo che à cessato di essere tutore, marito, o amministratore contabile. Poco monta, che la legge abbia parlato di *tutore*, di *marito*, di *contabile*: queste qualifiche nel linguaggio del dritto (ved. 295-302, 471, 472, 474, 475) come in quello volgare si danno indifferentemente e a colui che è, ed a colui che è stato tutore, marito, contabile; di guisa che l'espressione può applicarsi alle due situazioni. Del resto al di sopra della parola fa d'uopo porre l'idea. Or è stato manifestamente nel pensiero del legislatore che le garenzie accordate ai crediti protetti dall'ipoteca legale durassero quanto i crediti stessi: quindi siffatte garenzie, come dicono gli arresti che ànno statuito su questo punto di dritto, non debbono essere nè modificate, nè diminuite per lo scioglimento del matrimonio o per la cessazione della tutela o delle funzioni di amministratore contabile; esse debbono per lo contrario sussistere sempre simili ed intere, finchè il credito, al quale si rannodano non è esso stesso estinto. Ripetiamolo, sembra che niuna difficoltà avrebbe dovuto sorgere su questo punto.

Una sola cosa avrebbesi potuto mettere in contestazione e lo è stata di fatti, anche da taluni autori che ànno ammesso l'estensione dell'ipoteca legale agl'immobili acquistati posteriormente allo scioglimento del matrimonio o alla cessazione della tutela: si è che anche rispetto a quest'immobile l'ipoteca rimanesse dispensata da inscrizione (4). Ma sarebbe anticipare su quanto dovrem dire nelle nostre osservazioni relative alla pubblicità (*infra*, art. 2134 e segg.) il riprendere qui questa quistione, la cui soluzione per altro conserva la sua importanza anche a fronte dell'art. 8, riprodotto più sopra al n. 502, della legge del

(1) Ved. in questo senso, Cubain (dritti delle donne n. 527).

(2) Lione, 17 aprile 1813; Req., 17 luglio 1814; Lione, 23 nov. 1850 (Dev., 44, 1, 641; 51, 2, 83).— *Junge*: Duranton (t. XIX, n. 327), Valette (n. 138).

(3) Rouen, 6 giugno 1814 (Dev., 45, 2, 180).

(4) Ved. Duranton (loc. cit.).

23 marzo 1855, e rinserrandoci nel nostro subbietto, ripetiamo che in massima l'ipoteca legale è generale nel senso che si estende a tutti gl'immobili presenti e futuri del debitore, anche a quelli che il debitore avesse egli stesso acquistato dopo aver perduto la qualità a causa della quale sono affetti i suoi beni immobili.

510. Abbiam detto che l'ipoteca grava tutti gl'immobili acquistati dal debitore *stesso*; e con ciò intendiamo risolvere una quistione talvolta suscitata; quella di sapere se l'ipoteca colpisce gl'immobili personali degli eredi del debitore. P. es., Paolo, tutore dativo di Giuseppe, è morto durante la minorità del suo pupillo, lasciando per erede Pietro, suo figlio, al quale apparteneva in proprio la terra di Nervers. Questa terra vien sequestrata immobiliarmente a Pietro, ed aprasi una gradoazione. Giuseppe, il quale non trova un pegno sufficiente negl'immobili della successione, potrebbesi presentare a questa graduazione e domandarvi il collocamento in virtù dell'ipoteca legale che aveva contro Paolo suo tutore? Certo che no; l'ipoteca, giusta i termini della legge, colpisce gl'immobili *del debitore*, niun testo l'à estesa inoltre agl'immobili personali *degli eredi* di questo debitore. « La generale ipoteca di tutti i beni, diremo col Loysel, comprende i presenti e futuri *e non già quelli degli eredi* (1). » Indarno si opporrebbe nella nostra specie che Pietro, erede legittimo di Paolo, continua la persona di quest'ultimo. Da ciò ben risulterà che Pietro, se rinunzia alla successione, o se accettandola non si riserba il benefizio dell'inventario, sarà tenuto personalmente dei debiti del suo autore, e potrà anche subire una condanna per effetto della quale i suoi beni proprii saranno affetti dall'ipoteca giudiziaria; ma non ne risulterà che questi beni ricevessero il marchio dell'ipoteca legale, da cui trovansi gravati gl'immobili che à raccolti nella successione del suo autore, perchè, il ripetiamo, questa ipoteca è dalla legge accordata limitatamente contro il debitore originario (2).

511. Completeremo le nostre osservazioni relative alla generalità dell'ipoteca legale col dire che questa ipoteca riceve, almeno in generale, l'influenza delle modalità, da cui può essere affetta la proprietà nelle mani del debitore.

Così, supponiamo che il tale immobile appartenente al marito, al tutore, o all'amministratore contabile non è tra le sue mani che sotto una condizione sospensiva, gli è aperto che l'onere ipotecario, come la proprietà stessa, è subordinata all'evento. Se la condizione viene ad attuarsi, la proprietà è acquistata definitivamente al debitore ed anzi, per l'effetto retroattivo della condizione, reputasi avergli sempre appartenuto; ed appunto perciò la proprietà è affetta dall'ipoteca legale, e debbesi considerare come essendone stata gravata sin dall'origine. Al contrario, se la condizione viene a mancare, il debitore non è proprietario e non lo è stato giammai; di guisa che l'immobile rimane sgravato da una ipoteca che, per l'effetto retroattivo della condizione, non lo à mai colpito.

Supponiamo che il tale immobile appartenga al marito, al tutore, all'amministratore contabile sotto una condizione risolutiva; sarà mestieri altresì rapportarsene all'evento, e regolare almeno in generale la sorte dell'ipoteca giusta le regole generali del dritto. Epperò, se la condizione viene ad attuarsi, svanisce il dritto di proprietà e con esso l'ipoteca legale. Nonpertanto si è questa una regola generale e non assoluta; vedremo ben presto (*infra*, n. 519 e 520) che in due casi speciali preveduti dalla legge (Cod. Nap., art. 952 e 1054) *l'ipoteca legale della moglie* può estendersi per eccezione a beni che non appartenevano al marito che sotto una condizione risolutiva. — Se al contrario la condizione viene a mancare, il marito, il tutore, o l'amministratore contabile sono mantenuti nel loro dritto di proprietà, di guisa che l'ipoteca legale del minore o dell'interdetto, della moglie, dello Stato o dei comuni, vi conserva sempre il suo marchio.

Non insistiamo più oltre su queste osservazioni generali; ne abbiam detto abbastanza perchè sia agevole di rendersi conto della regola stessa della generalità dell'ipoteca, e possiamo ora seguire le applicazioni di questa regola in quel che concerne ciascuna delle ipotesi legali stabilite dall'art. 2121, rammentando qui non per tanto che, di queste applicazioni, le une sono comuni alle diverse ipoteche legali, le altre proprio alla ipoteca legale della moglie.

III. — 512. In quanto concerne le applicazioni comuni alle diverse cause d'ipoteca legale, tutto si riassume nell'idea che gl'immobili del debitore sono gravati in modo immediato, in quanto a quelli ch'egli possiede, al momento in cui prende origine la ipoteca, ed in quanto a quelli che acquista

(1) Loysel (Inst. cons., lib. 3, tit. 7, regola 21).

(2) *Sic* Valette n. 133.

ulteriormente, a misura che li acquista e quale che sia il titolo dell' acquisto. Evvi non pertanto taluni punti a precisare.

Così noi abbiam detto che tutti gl' immobili presenti sono gravati in modo immediato. Ma supponiamo che al momento del matrimonio, dell' apertura di una tutela, o dell' entrata in funzioni di un amministrator contabile, il marito, il tutore, o il contabile faccia parte di una società che possiede immobili: l' ipoteca legale della moglie, del pupillo o dello Stato colpisce questi immobili? No, senza dubbio, chè questi immobili sono la proprietà collettiva della società, o non si può dire che appartengano al debitore, il quale tutto al più vi ha un'aspettativa, ma che attualmente non ne à in modo alcuno la disposizione; epperò si è giustamente deciso che l' ipoteca legale accordata alla moglie non si estende agl' immobili sociali, anche quando i fondi dotali sieno stati versati dal marito nella cassa sociale (1). Tutto ciò che si può ammettere si è che al momento dello scioglimento della società, l'immobile che è ad essa appartenuto verrà a collocarsi sotto la ipoteca legale, se la liquidazione e la divisione lo fan ricadere nella quota del debitore, i cui immobili sono gravati da una tale ipoteca (2).

513. Diciamo in seguito che gl' immobili futuri sono colpiti a misura che il debitore li acquista e quale che sia il titolo dell' acquisto. Ma qui fa d' uopo distinguere tra lo Stato e gli altri creditori, ai quali l' articolo 2121 attribuisce l' ipoteca legale. Rammentiamo in fatti che lo Stato à un *privilegio* sugl' immobili *acquistati a titolo oneroso dopo la nomina del contabile*, vuol dal contabile, vuol da sua moglie, anche separata di beni (*supra* n. 42 e 505). L' ipoteca legale dello Stato si applica dunque, in quanto agl' immobili del contabile, soltanto a quelli che il privilegio non colpisce, o ciò dice formalmente la legge del 5 settembre 1807, il cui art. 6° è così concepito: « Rispetto agl' immobili dei contabili *che loro appartenevano pria della loro nomina*, il tesoro pubblico ha un' ipoteca legale, col peso dell' inscrizione, in conformità degli art. 2121 e 2134 Cod. civ. — Il tesoro pubblico à una simile ipoteca o con lo stesso peso sui beni acquistati dal contabile *altrimenti che a titolo oneroso posteriormente alla sua nomina*. » Ma in diffinitiva, come ben vedesi, tutti gl' immobili che il contabile può acquistare sono gravati a pro del tesoro; evvi soltanto, in quanto all' estensione dell' ipoteca (parleremo tra breve della pubblicità) questa differenza fra il contabile, e il tutore o il marito, che i suoi immobili futuri invece di essere gravati indistintamente da un' ipoteca legale a misura che sono acquistati, sono colpiti da privilegio, se l' acquisto siasi fatto a titolo *oneroso*, rimanendo l' ipoteca riserbata per gl' immobili acquistati *a tutt' altro titolo*.

514. Ciò precisato, ritorniamo all' applicazione della nostra regola che gl' immobili acquistati dal debitore sono il pegno del creditore, a misura che sono acquistati e quale che sia il titolo dell' acquisto. Così, poco monta che l'immobile ricada al debitore per successione, donazione, legato, compra, ec., che l' acquisto ne sia fatto a titolo gratuito o a titolo oneroso, non importa: l' ipoteca legale, vi si rannoda e l' aggiunge alla sicurezza del creditore. La generalità stessa della regola dispensa dall'insistere sulle applicazioni. Sonovi non pertanto due casi i quali àn presentato qualche difficoltà, quelli di permuta e di ricompra.

515. P. es. Paolo è proprietario del podere della Martiniera al momento in cui si ammoglia, ovvero quando è investito delle funzioni di tutore; nel corso del matrimonio o della tutela, permuta questo podere con quello di Bon-Plaisir. Che cosa diviene in questo caso l' ipoteca legale della moglie di Paolo o quella del suo pupillo? Essa colpisce di pieno dritto il podere di Bon-Plaisir ricevuto da Paolo in controcambio; ciò non è dubbio. Ma rimane nel tempo stesso annessa al podere della Martiniera dato in permuta, ovvero l' ipoteca à cessato di gravare quest' ultimo podere per imprimersi sull' altro? La quistione sembra essere stata controvertita sotto l' antica giurisprudenza. Soulatges p. es. pensava che, nel caso in cui il tale immobile era ipotecato, la permuta di esso non aveva per effetto di estinguervi l' ipoteca e di farla passare sull' immobile ricevuto in controcambio; ma soggiungeva: « Sarebbe altrimenti senza dubbio, se il debitore avesse ipotecato tutti i suoi beni presenti e futuri; gli è certo che in questo caso siffatta ipoteca generale comprenderebbe il fondo dato in permuta; il che debbesi intendere, non già che il creditore fosse in dritto di pegnoraro e vendere, con decreto, il fondo permutato, ma soltanto il fondo dato in controcambio come tenente il posto del

(1) Parigi, 25 marzo 1811. — *Junge*. Tolosa 31 lug. 1820; Req., 10 maggio 1831 (Dev., 31, 1 202). — Ved pure Troplong (Ip., n. 434, e *Soc.*, n. 850).

(2) Ved l' arresto del 10 maggio 1831 citato alla nota precedente.

fondo locato in permuta, secondo la massima, *subrogatum capit naturam subrogati*; di guisa che in questo caso il fondo locato in permuta sarebbe libero tra le mani di colui che lo avesse a questo titolo (1). » Tale è altresì la opinione emessa, sotto il Codice Napoleone dal Grenier, il quale fondasi su che, se fosse altrimenti, il creditore avrebbe una ipoteca doppia di quella su cui doveva contare (2). Non pertanto questa soluzione non aveva prevaluto sotto l' antica giurisprudenza (3) e ad onta della sua apparente equità, essa non deve neppure essere seguita oggidì, almeno a parer nostro. L' immobile gravato d' ipoteca non ne è liberato, sol perchè esce dalle mani del debitore; l' onere che lo affetta, lo segue tra le mani del nuovo possessore; non può esser liberato che mercè la purga o una radiazione volontaria. Se nulla di ciò ha luogo, l' ipoteca sussiste, e ciò spiega come l' onere ipotecario rimane annesso all' immobile permutato, non ostante la permuta; essa vi rimarrebbe incontestabilmente annessa, se lo immobile fosse stato venduto; non v' è ragione perchè sia altrimenti, quando è stato permutato; essendo la permuta l' equivalente della vendita. In quanto all' immobile ricevuto in controcambio, come mai sfuggirebbe all' ipoteca? In diffinitiva il permutante è un acquirente, egli acquista l' immobile che riceve in controcambio; e poichè l' ipoteca legale à questo carattere di generalità che la fa estendere su tutti i beni futuri del debitore, su tutti gl' immobili che il debitore può acquistare ad un titolo qualunque, è di tutta evidenza che deve colpire l' immobile acquistato in permuta, come colpirebbe l' immobile acquistato con tutt' altro mezzo. Epperò la simultanea applicazione dell' ipoteca legale agl' immobili facienti l' obbietto di una permuta trova la sua giustificazione, vuoi nei principii generali in materia d' ipoteca, vuoi nell' indole propria dell' ipoteca legale, e con ragione è stata consacrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (4).

516. Ora supponiamo che al momento del matrimonio o dell' apertura della tutela, il marito o il tutore aveva un dritto di ricompra su di un immobile anteriormente venduto sotto facoltà di ricompra: quale sarà il dritto ipotecario della moglie o del minore rispetto a quest' immobile? La situazione stessa indica che questo dritto è interamente subordinato e nei termini da noi più sopra indicati in tesi generali (*ved.* n. 511). La vendita con patto di ricompra avendo quindi trasferita la proprietà all' acquirente, tutto che sotto condizione risolutiva, l' ipoteca legale posteriore non si estenderebbe in questo stato sull' immobile. La Corte di cassazione à deciso in questo senso che la iscrizione presa pei beni presenti e futuri di un debitore in forza di una sentenza pronunziata contro questo debitore, dopo che aveva venduto uno dei suoi immobili, ma pria dello spirare del termine stipulato per l' esercizio della ricompra ch' erasi riserbato di effettuare, non aveva colpito questo immobile (5). La soluzione, perfettamente esatta rispetto all' ipoteca giudiziaria, sarebbe la stessa e per gli stessi motivi, rispetto all' ipoteca legale.

Ma se il dritto di ricompra viene ad essere esercitato, e se è esercitato dal venditore stesso, l' ipoteca legale colpirà l' immobile, perchè rispetto al creditore investito di siffatta ipoteca, evvi un novello acquisto, a l' effetto legale della sua ipoteca si è di estendersi non solo su tutti i beni presenti del suo debitore, ma ancora su tutti i beni futuri, a seconda che divengono sua proprietà.

Abbiam detto esser così, quando la ricompra è esercitata dal venditore *stesso*; si è perchè sarebbe altrimenti, se il dritto di ricompra fosse esercitato da un altro al quale il venditore l' avesse ceduto. L' arresto di che parlavamo poc' anzi ha deciso che, se il venditore cede il suo dritto di ricompra ad un terzo, e se il terzo concessionario fa la ricompra, l' ipoteca giudiziaria ottenuta sui beni futuri del venditore non può colpire il bene ricomprato dal cessionario, giacchè il creditore ipotecario del venditore con patto di ricompra non è creditore ipotecario del cessionario. Ciò è di tutta evidenza, e ciò che l' arresto dice dell' ipoteca giudiziaria è uopo dirlo parimenti dell' ipoteca legale (6): l' immobile che aveva cessato di appartenere al venditore pria dell' origine della ipoteca legale non è rientrato in suo potere, poichè egli à ceduto ad altro, non l' immobile, ma

(1) Ved. Foulatges (Ip., p. 401).
(2) Ved. Grenier Ip, t. 1, n. 106).
(3) Ved. Domat (Leggi civili. lib. 3, sez. 1, n. 12), Pothier (Vendita. n. 629), Denizart (v. Permuta. n. 7).
(4) Ved. Req, 9 nov. 1815.—*Junge*: Zachariae (t. II, p. 122, nota 1), Troplong (n. 431 bis).
(5) Ved. Req, 21 dic. 1825. — Sembra che taluni raccoglitori di arresti abbian censurata questa decisione, o almeno l' abbian messa in opposizione con altre, da cui risulta che il venditore con patto di ricompra può conferire ipoteca sull' immobile da lui venduto sotto questa condizione. Ma la valutazione manca di esattezza; la quistione risoluta da questi ultimi arresti differisce da quella che qui ne occupa, e lo vedremo al comentario dell' art. 2125.
(6) Conf. Troplong (loc. cit.).

la facoltà di ricomprarlo» E indarno si opporrebbe che il cessionario divenuto acquirente tiene il suo dritto dal venditore; chè, siccome dice l'arresto, questo dritto risale alla vendita stessa, poichè l'acquirente con facoltà di ricompra è posto il cessionario nel suo luogo e vece, e la cessione del diritto di ricompra racchiudendo virtualmente rinunzia dal canto del venditore di esercitarla egli stesso, l'ha spogliato personalmente della facoltà ch'erasi riserbata.

IV.— 517. Abbiam veduto che, al pari dell'ipoteca legale del minore, l'ipoteca legale della moglie si estende a tutti gl'immobili attualmente appartenenti al debitore e a tutti quelli che potranno appartenergli in seguito; ma nelle applicazioni particolari della massima, l'ipoteca delle mogli va talvolta più oltre di quella dei minori: essa in taluni casi può rannodarsi ad immobili di cui il marito non à attualmente la proprietà in modo incommutabile e diffinitivo, e rimanervi annessa, anche dopo che il dritto di proprietà del marito è risoluto; è questa una prima classe di difficoltà preveduta dalla legge stessa. In altri casi l'ipoteca legale della moglie si mantiene con tutte le sue prerogative su di immobili, i quali non pertanto sono stati alienati, e vi conserva il suo rango di preferenza non ostante i diritti reali che vi fossero stati stabiliti. È una seconda classe di difficoltà che si sono prodotte nella pratica, in cui agitano una delle quistioni più controvertite del nostro subbietto.— Soffermiamoci in pria alle difficoltà della prima classe.

518. Abbiam detto più sopra al n. 511, che allorquando il debitore i cui beni sono gravati da una ipoteca è proprietario di tali o tali altri immobili sotto una condizione risolutiva, questi immobili cessano di essere colpiti dall'ipoteca legale, se la condizione viene ad attuarsi, perchè l'avveramento della condizione à per effetto di risolvere *ab initio* il dritto di proprietà del debitore. La regola è comune a tutte le ipoteche. Ma essa può ricevere eccezione in favore di quella della moglie in due casi particolari, i quali ànno luogo nelle donazioni fatte con istipulazione di un dritto di riversione e nelle sostituzioni permesse.

519. Il primo caso è preveduto dall'art. 952, Cod. Nap., ai termini del quale « l'effetto del dritto di riversione sarà di risolvere tutte le alienazioni dei beni donati e di far ritornare questi beni al donante, franchi e liberi da tutti gli oneri ed ipoteche, *salva nonpertanto l'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali*, se gli altri beni del conjuge donatario non bastino, o nel caso soltanto in cui la donazione gli sarà stata fatta con lo stesso contratto di matrimonio dal quale risultano questi dritti ed ipoteche. »

Così, io intervengo nel contratto di matrimonio di Paolo ed Eugenia, e dono a Paolo, che accetta, la mia casa di Versailles, stipulando nonpertanto che se venissi a sopravvivere a Paolo e ai suoi discendenti, riprenderei, per dritto di riversione, la casa da me donata; l'ipoteca di Eugenia, *a causa della sua dote e convenzioni matrimoniali*, si rannoda immediatamente a questa casa di Versailles, e a meno che gli altri beni di Paolo non bastino alla garantia di Eugenia, l'ipoteca legale rimane impressa su questa casa di Versailles e la segue tra le mie mani se, venendo a premorire Paolo e suoi discendenti, lo esercito il dritto di riversione che mi era riserbato. Tutte le altre affezioni ipotecarie che Paolo avesse potuto consentire, svaniranno per l'avveramento della condizione risolutiva che dà luogo all'esercizio del mio dritto di riversione; ma l'ipoteca legale di Eugenia sussisterà, se quest'ultima non trovi di che coprirsi, sugli altri beni di Paolo, per la sua dote e convenzioni matrimoniali, perchè la legge suppone che colui il quale interviene al contratto di matrimonio e fa al futuro la donazione di un immobile, ha il pensiero di assicurare alla futura, in caso di bisogno, le garenzie sulle quali à dovuto contare per le stipulazioni del contratto (1).

Ma si osserverà che in questo caso l'ipoteca è sussidiaria, poichè è subordinata alla insufficienza degli altri beni del marito per la garenzia della moglie ed in oltre essa è derogatoria al dritto comune sugli effetti della condizione ipotecaria, poichè può sopravvivere all'esercizio di un dritto di riversione che, nella verità delle cose, altro non è che una condizione risolutiva della donazione. Di qui fa d'uopo desumere talune conseguenze.

L'ipoteca è sussidiaria; la moglie dunque non potrà seguire l'immobile nelle mani del donante al quale ritorna, ed esercitarvi il suo dritto che a patto di escutere gli altri beni del marito e di provarne l'insufficienza. Epperò ella escuterà tutti gl'immobili del marito, e non solo quelli siti nell'ambito della Corte, in cui si è aperta la successione, ma

(1) Ved. Furgole (quist. 42, n. 40 e seg.) e Merlin (Rep., v. Riversione, sez. 1, § 2, art. 3), Grenier (Donazioni, n. 35). Coin-Delisle (art. 952, o. 3), Marcadè (t. II, n. 697).

ancora tutti gl' immobili siti in Francia, quali che possano essere le spese della escussione (1). Dovrà forse escutere altresì i beni mobili? Attenendoci al testo, l'affermativa sembra certa, poichè l'art. 952 subordina l'ipoteca legale sull' immobile ripreso per l'esercizio del dritto di riversione alla insufficienza degli *altri beni* del conjuge donatario, e quindi sembra che l'articolo non faccia alcuna eccezione a causa della natura dei beni; nonpertanto noi pensiamo che la escussione del mobiliare non dovrà richiedersi dalla moglie che in un caso soltanto il quale sarà anche rarissimo, quello in cui non vi sarà alcun creditore (2).

L'ipoteca è derogatoria al dritto comune; la disposizione dunque della legge deve essere rigorosamente mantenuta nei suoi termini. Epperò l' ipoteca legale della moglie non sussiste, nei termini della legge, non ostante l' esercizio del dritto di riversione che a causa della dote o delle convenzioni matrimoniali; per conseguenza i crediti che risultavano da fatti posteriori al contratto di matrimonio contenente la donazione non sarebbero garentiti dall'ipoteca legale: tali sono la indennità dei debiti contratti dalla moglie con suo marito ed il rinvestimento dei proprii alienati. (*Ved.* Marcadè, t. II, n. 697) — Così pure, la legge fa sopravvivere l'ipoteca all'attuazione della condizione risolutiva nel caso soltanto in cui la donazione si fosse fatta nel contratto stesso di matrimonio; per conseguenza l'ipoteca legale della moglie svanirà come tutte le altre ipoteche o come tutti gli altri oneri per effetto del dritto di riversione se la donazione si fosse fatta, vuoi pria del contratto di matrimonio, vuoi dopo il matrimonio contratto. — Per la ragione stessa, l' ipoteca non sussisterebbe sull'immobile ripreso a causa dell' esercizio del dritto di riversione a pro della seconda moglie del donatario, quand'anco la donazione fosse stata fatta nel contratto di matrimonio di questo ultimo con la sua prima moglie. In questo caso, il quale non è più quello dell'art. 952, ben potrebbe farsi, in merito dell'ipoteca, una particolare convenzione col donante; ma in tal caso tratterebbesi di una ipoteca convenzionale, di una ipoteca la quale più non esistendo quindi per la sola forza della legge, non potrebbe sussistere anche contro il donante, se vi fosse luogo a riversione, che mercè la iscrizione, la quale, come vedremo agli articoli seguenti, è la condizione di esistenza di qualunque ipoteca, tranne la legale (3).

Del resto la disposizione dell'art. 952, in quanto concerne il mantenimento dell'ipoteca legale della moglie, non ostante l' esercizio del dritto di riversione, può modificarsi o anche mettersi completamente da banda con la stipulazione. P. es. nulla si oppone a che il donante rimetta le cose nei termini del dritto comune dichiarando, nel contratto di matrimonio, in cui interviene per gratificare il marito, che avvenendo il caso in cui fosse esercitata la riversione ch'ei si riserba, l'ipoteca legale sarà cancellata, come tutti gli altri oneri, dall' immobile da lui donato, e quindi la disposizione dell' art. 592 in discorso sarebbe come non avvenuta. Parimenti, nulla si oppone a che il donante dichiari che, ad onta dell'esercizio del dritto di riversione, l' ipoteca legale sarà mantenuta non solo per la dote e le convenzioni matrimoniali, ma ancora pei crediti che potrebbero nascere nel corso del matrimonio; quindi la disposizione della legge lungi dall' essere cancellata sarebbe estesa. Da ultimo nulla si oppone a che il donante faccia di questa ipoteca sussidiaria una ipoteca principale, vale a dire che vi sottoponga in modo assoluto l' immobile da lui donato, dispensando la moglie dall'escutere gli altri beni di suo marito donatario e di provare che sono insufficienti per la garenzia dei suoi dritti; epperò la disposizione della legge si troverebbe modificata nella sua economia. Ma tutte queste stipulazioni sarebbero perfettamente lecite; dovrebbero tutte mantenersi e rispettarsi : ciò si attiene al pensiero stesso della disposizione la quale, essendo fondata sulla presunta volontà del donante, può estendersi, o limitarsi, o anche interamente sopprimersi con la formale espressione di una volontà diversa (4).

520. Il secondo caso indicato di sopra è preveduto dall'art. 1054, Cod. Nap., il quale permette alle mogli dei gravati di sostituzione di esercitare un regresso sussidiario sui beni a restituire, se i beni liberi sono insufficienti, ma solo pel capitale delle somme dotali e nel caso unicamente in cui il testatore o *donante* (5) l'avesse espressamente ordinato. Così, Giuseppe il quale non

(1) Ved. Duranton (t. VIII, n. 374), Poujol (art. 950, n. 58), Coin-Delisle (loc. cit.), n. 9). — Ved. non pertanto Grenier (n. 611).

(2) *Ste* Coin-Delisle (loc. cit.).

(3) Ved. Delvincourt (t. II, p 279), Coin-Delisle (loc. cit., n. 1), Bayle-Mouillard, su Grenier (n. 35). — Ved. non pertanto Vazeille (art. 952, n. 3).

(4) Ved. Coin-Delisle (loc. cit., n. 10), Marcadè (t. II, n. 697), Vazeille p. 210.

(5) L'art. 1054 parla del testatore soltanto, perchè le sostituzioni più usualmente si fanno nella forma testamentaria ; ma è ammesso che quanto l'articolo dice del testatore s'intende ugualmente del donante. Ved. Marcadè (t. III, n. [illegible]

à figli, lascia morendo a suo fratello Pietro la casa di Versailles, col peso a quest'ultimo di conservare la casa legata e di restituirla ai suoi figli nati o da nascere. Quale è in tesi generale il dritto dei chiamati? Si è che alla risoluzione della proprietà di Pietro, gravato di sostituzione a loro pro, qualunque concessione d'ipoteca, qualunque costituzione di servitù che costui avesse fatta, sarebbe nulla rispetto ad essi, in forza della massima: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Nonpertanto l'art. 1054 permette che si faccia una eccezione in favore della moglie del gravato, la cui ipoteca legale rimarrà, per la garenzia del capitale delle somme dotali, sull'immobile da restituirsi, qualora il testatore abbia così ordinato.

Non è del nostro subbietto di entrare nel comentario di questo articolo, di ricercarne l'origine, di spiegarne il pensiero e lo scopo; ciò concerne la materia delle *sostituzioni* e il Marcadè à dato, in questi diversi punti, delle spiegazioni sulle quali sarebbe fuori proposito ritornar qui (*ved.* t. III, n. 237 e 238). Ci basterà sotto il punto di vista del nostro subbietto, di far notare che il caso preveduto da questo articolo, tutto che sia analogo al precedente, in quanto che come esso costituisce una derogazione al dritto comune sugli effetti della condizione risolutiva, ne va nonpertanto distinto nei raggnagli in modo notevolissimo. In entrambi i casi, gli è vero, l'ipoteca gravante l'immobile a pro della moglie del donatario o del gravato di sostituzione è una ipoteca sussidiaria e per conseguenza in entrambi i casi la moglie non può esercitare il suo diritto che dopo avere escusso gli altri beni del marito ed aver provato che sono insufficienti (a meno che non ne sia stato dispensata dal donante nel caso dell'art. 952) ma pel dippiù evvi tra i due casi molte differenze. Così, in quello dell'art. 1054 è uopo che il donante o il testatore, facendo la sustituzione, abbia formalmente espresso la sua volontà in favor della moglie del gravato di sostituzione, senza di che l'immobile sostituito non riceverà l'impronta dell'ipoteca legale, mentre che nel caso dell'art. 952 l'ipoteca legale della moglie del donatario grava lo immobile donato indipendentemente da qualunque manifestazione di volontà da parte del donante. Nel caso dell'art. 1054, l'ipoteca legale garentisce soltanto il capitale dei beni dotali, mentre che in quello dell'art. 952, protegge la dote e le convenzioni matrimoniali in capitali ed interessi. Finalmente nel caso di quest'ultimo articolo, l'ipoteca legale può, come si è veduto al numero precedente, estendersi mercè la volontà del donante, mentre che nel caso dell'art. 1054 è ammesso dalla generalità degli autori (1), che la disposizione della legge debbasi mantenere nei suoi termini rigorosi e che l'ipoteca non può giammai garentire che il capitale delle somme dotali, quand'anco il donante o il testatore avesse espressamente dichiarato che l'ipoteca legale della moglie del gravato si estendesse agl'interessi della dote, alle convenzioni matrimoniali, all'indennità dei debiti contratti dalla moglie col marito, al rinvestimento dei proprii alienati, ec.

Tali sono le applicazioni estensive consacrate dalla legge stessa. Passiamo ora a quelle che si son prodotte nella pratica.

521. Qui la quistione è tutta speciale al caso in cui la donna è maritata sotto il regime della comunione e, come abbiam detto, la difficoltà sorta è una delle più complicate della nostra materia; trattasi di sapere se l'ipoteca legale della moglie si estende agl'immobili che sono entrati nell'attivo della società conjugale, vale a dire ai conquisti della comunione.

Evvi una prima ipotesi alla quale fa d'uopo in pria soffermarsi; essa à le sue complicazioni, tutto che non sia quella nella quale presentansi le serie difficoltà della quistione.

Noi supponiamo che i conquisti immobili esistono allo scioglimento della società conjugale e che la moglie o i suoi eredi si trovino, pria della divisione, in presenza del marito o il creditori semplicemente chirografarii della comunione; in altri termini, noi supponiamo che non solo i conquisti non sono stati alienati, ma ancora che non sono gravati da alcun onere reale, nè in seguito dell'amministrazione del marito, nè in seguito di condanne giudiziarie. In questo caso se la moglie, come abbiam sostenuto contro celebri arresti della Corte Suprema, non à alcun dritto di preferenza sui *valori mobiliari* della comunione (2) è giusto riconoscere che ella à per lo contrario la sua ipoteca legale sui conquisti.

Ciò non è contestabile nel caso in cui la moglie rinunzia alla comunione; e come ab-

(1) Ved. Maleville (art. 1051), Grenier (n. 378), Delvincourt (p. 107, nota 5 e 6), Dalloz (sez. 2. art. 5, § 2. n. 20 e 21). Duranton (t. VIII. n. 595). Colu-Delisle (art. 1054 n. 1), Marcadè (t. IV, n. 277), Duvergier, su Toullier (t. V, n. 745) — Ved. nonpertanto Toullier (loc. cit.). Favard de Langlade (v. Sostituzione sez. 2. § 5, n. 18).

(2) Ved. le nostre dissertazioni nella Rivista critica t. III. p. 43, t. IV, p. 554; t. VI, p. 393, e t. IX, p. 487 e seg.).

biam detto nel *trattato del Contratto di Matrimonio* da noi pubblicato col Rodière (t. I, n. 888) qui ripetiamo che la rinunzia della moglie producendo gli effetti inerenti all'evento della condizione risolutiva rispetto al suo dritto di proprietà, ne segue che il marito rimane proprietario in forza del suo titolo originario; donde la conseguenza ulteriore che tutti gli immobili reputansi ormai essere stati la proprietà del marito e che quelli i quali ànno avuto la qualità di conquisti sono come tutti gli altri gravati dall'ipoteca generale data alla moglie dalla sola autorità della legge.

Ciò non deve neppure essere contestato nel caso in cui la comunione è accettata dalla moglie: ci rimprovereremo di esserci espressi nella stessa opera, n.834, in termini sì generali, su questo caso di accettazione, da essersi desunta dalle nostre espressioni una soluzione contraria (1). La soluzione da noi emessa in questa parte dell'opera citata è senza dubbio inesatta; lo dimostreremo ai n. 525 e 526; non pertanto la verità è che noi abbiamo avuto in mira, in quel passo, il caso soltanto in cui la moglie accettante si trova in concorso *con altri creditori ipotecarii*, e non quello di cui qui trattasi in cui la supponiamo a fronte del marito o dei suoi creditori semplicemente chirografarii. La moglie, anche quando accetta la comunione, ha in questo caso il beneficio della sua ipoteca legale sui conquisti: così abbiamo sempre pensato e così pensiamo ancora.

Tale è la opinione dominante (2); essa non è nonpertanto unanimamente ammessa; taluni autori, fra' quali lo stesso Marcadè, insegnano che l'articolo 2121 non accordando ipoteca alla moglie, che sugl' *immobili del marito*, è ben impossibile di riconoscere l'esistenza di questa ipoteca su beni che, per effetto della divisione possono divenire, al contrario, beni della moglie stessa (3). Ma dobbiam dirlo, noi non siamo colpiti in modo alcuno da questa pretesa impossibilità. Noi vediamo per l'opposto, noi che non ammettiamo che la comunione costituisca un essere morale il quale si frappone tra' coniugi (4) che, durante il corso della comunione, i beni che la compongono sono comuni tra i due conjugi o che ciascuno di essi à un diritto di proprietà indiviso su tutti e su ciascuno dei beni. Perchè dunque gli immobili che entrano nell'attivo non sarebbero gravati dall'ipoteca stabilita in termini sì generali a pro della moglie dagli art. 2121 e 2135? Noi vediamo da un'altra banda che, se consentendo all'alienazione di uno dei suoi proprii, la moglie avesse formalmente stipulato che le sarebbe conferita una ipoteca speciale su di un conquisto, questa affezione speciale del conquisto sarebbe incontestabilmente efficace. E ci domandiamo perchè l'affezione generale risultante dalla legge stessa non sarebbe ugualmente efficace. Vediamo da ultimo che, se sono pronunziate condanne contro il marito nel durar della società conjugale, le sentenze traggono seco una ipoteca la quale, in virtù della sua generalità, colpirà incontestabilmente i conquisti della comunione del pari che gl'immobili che sono ormai e diffinitivamente proprii del marito. E ci domandiamo perchè sarebbe altrimenti dell'ipoteca legale alla quale il legislatore attribuisce lo stesso carattere di generalità. Epperò gli autori ànno ammesso, come abbiam detto, che anche nel caso di accettazione, la moglie che è in presenza del suo marito o di creditori semplicemente chirografarii ha la sua ipoteca legale sui conquisti della comunione.

522. Ora supponiamo avvenuta la divisione; in quale misura la moglie ha la sua ipoteca legale? Ciò soltanto, nello stato attuale della dottrina e della giurisprudenza, può mettersi in quistione. A tal riguardo si pensa generalmente che l'ipoteca legale esiste sulla porzione di conquisti che la divisione pone nella quota del marito e al contrario che gl'immobili ricaduti alla moglie sono liberati da questa ipoteca (5). A dir vero, la distinzione non interessa la moglie stessa, la quale avendo la proprietà degl'immobili a lei ricaduti, non à d'uopo di ricorrere alla sua ipoteca legale; ma essa interessa essenzialmente i creditori ai quali la moglie avesse potuto, durante la comunione, cedere le sue riprese e che ella avesse surrogati nell'ipoteca legale. Gli è aperto in fatti che, se questa ipoteca cessa di essere inerente alla porzione d'immobili ricaduti alla moglie, questi creditori, se non ànno una ipoteca dal loro canto, potranno esser primeggiati su questa porzione d'immobili da altri creditori, ai quali la moglie avesse dato ipoteca dopo

(1) Ved. Berthauld (Ip. leg. delle donne mar. sui conq. della comunione, n. 2 e 12).

(2) V. Grenier (Ip., t. I, n. 233), Tessier (Della Dote t. II, p. 311), Zachariae (t. III, p. 5..), Odier (Contr. di matr. n. 504), Valette (p. 252), Berthauld (loc. cit. n. 3 e seg.).

(3) Ved. Troplong (Contr. di matr. t. II, n. 1646), Marcadè (t. IV, art. 117, n. 5).

(4) Ved. il nostro trattato del Contr. di Matr. (t. I, n. 295).

(5) Ved. Rig., 1 agosto 1848 (Dev., 48, 1, 727)). — *Junge*: Duranton (t. XIX, n. 528), Valette loc. cit., p. 263) Ved. pure le osservazioni della Facoltà di diritto di Digione nell'inchiesta amministrativa del 1841 (Ip., t. II, p. 452).

lo scioglimento della comunione; ed in fatti si è deciso nel senso che, nel caso in cui la moglie à surrogato un terzo alla sua ipoteca legale, questo terzo non può allo scioglimento della comunione, esercitare il suo dritto ipotecario sulla parte che ricade alla moglie, in un acquisto di siffatta comunione, chè un tal bene, comproprietà della moglie sin dalla sua entrata nella comunione e da lei ripreso allo stesso titolo, non à potuto in epoca alcuna esser gravato dall'ipoteca legale della moglie (1). In quanto a noi non crediamo che questa soluzione sia la migliore. Indarno le succitate decisioni ci dicono che la moglie non potendo aver ipoteca sui suoi proprii beni, i creditori ch'ella ha surrogati nella sua ipoteca legale non potrebbero avere maggiori dritti di lei. L'obbiezione non avrebbe valore che in quanto fosse associato che il cessionario di un credito ipotecario perde il suo dritto, sol perchè il cedente diviene proprietario dell'immobile ipotecato. Or nulla di tutto ciò; ecco perchè inclinismo a pensare che, almeno sotto il punto di vista testè indicato, l'ipoteca legale della moglie conserva la sua influenza sui conquisti della comunione, anche sulla parte che ne ricade alla moglie (2).

523. Da questa ipotesi, la meno complicata, passiamo a quella in cui produconsi le serie difficoltà della quistione. La moglie è a fronte, non più del marito, ma di terze persone aventi sui conquisti dritti reali risultanti vuoi da affezioni consentite dal marito, vuoi da condanne giudiziarie. Può forse opporre la sua ipoteca legale a questi terzi?

La giurisprudenza offre su di ciò un insieme che noi non adottiamo in tutte le sue parti, tutto che nonpertanto esse si combinino perfettamente tra loro. Ha dapprima fermato in massima che i conquisti della comunione sono gravati dall'ipoteca legale, ma solo in modo condizionale, nel senso che l'ipoteca sussiste col suo dritto di preferenza rispetto ai creditori nel caso in cui la moglie rinunzia alla comunione e per lo contrario si estingue se la comunione è accettata (3).

Poscia deducendo le conseguenze da questa teoria, la giurisprudenza riconosce che il dritto ipotecario può eccezionalmente esercitarsi, vuoi dalla moglie stessa, vuoi dai creditori ch'ella avesse surrogati nella sua ipoteca legale, e ciò per anticipazione e pria di qualunque rinunzia alla comunione. P. es. in quanto concerne la moglie, poniamo che sono espropriati dei conquisti e che il prezzo ne è messo in distribuzione pria ch'ella abbia preso il suo partito. Se ella non è ammessa a produrre e se non ottiene collocazione, avverrà, verificandosi il caso che il marito non avesse beni proprii, o ne avesse per un valore insufficiente che l'ipoteca legale cesserebbe di essere una garenzia e che il prezzo dei conquisti passerebbe nelle mani di creditori ai quali la moglie sarebbe stata preferita, se avesso potuto rinunziare. La giurisprudenza tiene conto della situazione che forse la moglie è stata astretta a subire ed attenendosi alla eventualità del dritto ipotecario sui conquisti che è opera sua, accorda alla moglie una collocazione *provvisoria*, e nel tempo stesso, invece di rilasciarle la somma che le ricadrebbe nella graduazione, le impone la condizione di consegnare alla sicurezza di chi di dritto, vale a dire per sè stessa e nel proprio interesse, se viene a rinunziare, pei creditori collocati dopo di lei, se accetta la comunione (4).

In quanto concerne i creditori surrogati nell'ipoteca legale, essi ottengono in generale lo stesso favore della moglie, vale a dire una collocazione provvisoria, aspettando che ella abbia preso partito sull'accettazione, o la rinunzia tra le quali essa può optare. Avvi però de'casi in cui la giurisprudenza loro accorda anche di più. Così, la moglie, quando è sciolta la comunione, pone nel prendere il suo partito una lentezza calcolata, o anche si sofferma per frode o per collusione, ad una risoluzione manifestamente contraria ai suoi interessi, in questi casi la giurisprudenza fa prevalere il principio fermato nell'art. 1167 sulla eventualità del dritto ipotecario, ed ammette i creditori a richiedere, in forza di questo articolo, una collocazione *deffinitiva* anche pria di qualunque ripudiazione, per parte della moglie, alla comunione. — Così pure, il marito è in istato di decozione o di fallimento, la giurisprudenza si attiene alla disposizione dell'art. 1446 Cod. Nap. ed ammette i creditori a richiedere collocazione *deffinitiva* durante il matrimonio; ed anche

(1) Ved. l'arresto del 1 ag. 1848 citato alla nota precedente. — *Junge*: Parigi, 31 marzo 1853 (Dev., 53, 2, 337) e 3 dic. 1858 (J. P., 1859, t. II, p. 217).

(2) Ved. Berthauld (loc. cit., n. 37 e seg.). — Ved. Troplong (Contr. di matr. n. 1649). — Ved. pure Gauthier (Della surrog. di pers. n. 596).

(3) Corte di cass., 9 nov. 1815, 9 nov. 1814, 16 feb. 1841, 1 ag. 1848, 30 apr. 1849, 4 feb. 1856, Angers, 26 ag. 1832, Rouen, 11 marzo 1846, Orleans, 14, nov. 1817, Caen, 19 gennaio 1852, Rouen, 11 mar. 1846, Douai, 17 giug. 1817, Bordeaux, 2 mar. 1848, Orleans, 16 mar. 18 0, Colmar, 1 mar. 1855 (Dev. 41, 1, 550, 48, 1. 465, e 2. 71, J. P., 1850, t. I, p. 799, Dalloz, 56, 1, 61, 57, 2, 37).

(4) Rouen, 11 mar. 1846, Lione 17 apr. 1851 (Dev. 46, 2, 305, 55, 2, 557, J. P., 1856, t. I, p. 183).

nello spirito delle decisioni rese su questo punto, la *graduazione* può assimilarsi alla *decozione* (1). Tale è su questo importante punto la giurisprudenza presa nel suo insieme.

La dottrina dal canto suo procede secondo le stesse distinzioni. In generale essa ammette che la moglie, quando à accettato la comunione non può sia da sè stessa, sia per mezzo dei creditori che ha surrogati nella ipoteca legale, eccepire il dritto di preferenza risultante da siffatta ipoteca sui conquisti della comunione contro i terzi ai quali questi conquisti sono stati obbligati dal marito. Tale è almeno la opinione della maggioranza degli autori, i quali considerano l'accettazione della comunione come una specie di ratifica per parte della moglie a tutte le obbligazioni assunte dal marito (2). Al contrario se la moglie rinunzia alla comunione, la dottrina in generale le riconosce il dritto di agire ipotecariamente anche sui conquisti che il marito ha gravati d'ipoteca (3).

Nonpertanto, se questa è l'opinione dominante, non fa d'uopo credere che sia incontestata. Essa per l'opposto è combattuta in diversi sensi da gran numero di autori i quali, respingendo ogni distinzione tra il caso in cui la moglie accetta la comunione e quello in cui vi rinunzia, pensano: taluni che la moglie anche accettante, e per conseguenza i creditori ch'ella ha surrogati nella sua ipoteca legale possono prevalersi di siffatta ipoteca su' conquisti (4); gli altri al contrario che i conquisti sono liberati in modo assoluto dall'ipoteca legale, di guisa che la moglie, anche rinunziante, o i creditori che ella ha surrogati, non possono fare ostacolo all'esercizio, per parte dei terzi, dei dritti ipotecarii che il marito lor avesse conferiti (5).

524. A quest'ultima opinione abbiam creduto in pria doverci appigliare, o almeno è quella che avevamo creduto rientrar meglio nei principii della legge in materia di comunione (6). Eraci sembrato che l'ipoteca legale su'conquisti della comunione è incompatibile tanto col poteri esercitati dal marito durante il corso della società conjugale, quanto col credito di cui deve godere nell'interesse stesso dell' amministrazione dei beni comuni.

Oggi dopo avervi meglio riflettuto respingiamo senza esitare la dottrina verso la quale sulle prime propendevamo, e rapportandoci ai principii stessi sull'autorità dei quali abbiam combattuto la giurisprudenza, testè rammentata (*supra*, n. 521) che attribuisce un dritto di preferenza alla moglie sui valori mobiliari della comunione, a questi principii che manifestamente debbono dominare anche la quistione attuale, rimaniamo convinti che le nostre primitive impressioni sono andate vaganti su di un terreno diverso da quello in cui deve cadere la discussione. La moglie la quale pretende esercitare sui conquisti il dritto risultante dall'ipoteca legale, non viene in modo alcuno ad infirmare, contestare, o anche censurare le affezioni che il marito, come capo della comunione, vi à certamente potuto consentire in favore di altri creditori; essa tiene per valide queste affezioni, e le ammette anche come costituenti un dritto reale che dovrà prevalere sul suo proprio, se per la loro data si collochino ad un' epoca in cui la sua ipoteca legale non avrebbe preso origine. Come dunque potrebbesi opporle che la sua pretesa è incompatibile coi poteri esercitati dal marito nel corso della società conjugale? Sotto il nostro antico dritto in cui il marito teneva dalla Consuetudine la qualifica di *padrone e signore*, la quale marcava con tanta energia i suoi poteri sulla comunione, questa obbligazione erasi altresì posta in campo. E che cosa se ne pensava? « Indarno, ne dice il Bourjou, taluni oppongono che la Consuetudine costituisce il marito padrone dei conquisti, e si è affievolir questo potere il far influire l'ipoteca legale della moglie su quelli, non estendendosi questo potere che relativamente ai dritti della moglie sulla comunione *e non rispetto agli altri suoi dritti di credi-*

(1) Parigi, 30 giugno 1853; Orleans, 12 lug. 1851; Rig., 4 febb. 1836 (Dev., 54, 2, 561; 55, 2, 177; Dall., 56, 1, 61).

(2) Ved. Delvincourt (t. III, no a sulla pagina 163), Grenier (t. I, n° 248), Persil (*Quist. on*) t. I. p. 233), Duranton (t. XIV, n. 516 e t. XIX, n° 329), Troplong (Priv. e ipot., n° 433 ter. e Cont. di matr. n° 1646 e seg.), Valette (Priv. e ip. p. 255), Taulier (t. VII, p. 310), Mourlon R p. scrit., t. III, p. 460).

(3) Ved. Grenier e Troplong (loc. cit.), Duranton (t. XIX, n° 330), Tessier (Trattato della Dote. t. II, p. 311), Odier (Contr. di matr., t. I, n° 581), Taulier (loc. cit.).

(4) Ved. Gauthier (Surrog. di pers., n° 590 e segg. e segnatamente al n° 584). — Ved. pure la Monografia del Bertauld (Dell'ip. leg. delle donne mar. sui conquisti della comm.). — Ved. pure Zachariae (t. II, p. 127).

(5) Ved. Delvincourt (t. III, nota sulla pag. 163), Persil (Quist., t. I, p. 233, e Reg. ip., art. 2121, n° 10), Cubain (Dr. delle mogli, n° 528), Valette (p. 258).

(6) Ved. il Trattato del Contratto di matrimonio da noi pubb. col Rodière (t. I, n° 834 e 848).

ti (1). » Ecco la vera parola della situazione. E di fermo agendo la moglie sui conquisti in forza della sua ipoteca legale viene a dire al terzo creditore col quale entra in lotta ch'ella stessa è creditrice, ciò che gli viene ad opporre, si è che se evvi per convenzione una ipoteca contro il marito a causa della obbligazione sottoscritta da costui, ella eziandio ha per legge una ipoteca contro il marito ugualmente a causa della sua dote, delle sue riprese, delle sue convenzioni matrimoniali; ciò ch'ella viene a reclamare si è non già che si distruggano gli atti mercè i quali il marito ha manifestato il suo potere, ma che si mettano in confronto le date dei due crediti, del suo e di quello del terzo creditore, e che la priorità rimanga in deffinitiva sui conquisti a quello dei due che à esistito il primo nelle condizioni richieste perchè lo si possa opporre ai terzi.

525. Una tale pretesa sarebbe forse inammessibile? Occorrerebbe per metterla da banda che si potesse contestare alla moglie la qualità di *creditrice* che è la base stessa su cui si poggia siffatta pretesa. Or lo si può?

La cosa è al certo inammessibile, quando vi è stata rinunzia alla comunione. Si è detto tal volta che la moglie, anche in questo caso, è *proprietaria*, e che se à delle riprese ad esercitare, le esercita in questa qualità di *proprietaria*; anche su di ciò si fondano questi arresti sì celebri e ad un tempo sì contestati oggidì, coi quali la Corte di cassazione attribuisce alla moglie, anche rinunziante, un dritto di preferenza sui valori della comunione. Ma lo abbiam detto combattendo questa giurisprudenza e non possiamo che ripeterlo, la moglie rinunziante più non può eccepire la qualità di proprietaria, in una proporzione qualunque, dei valori che àn fatto parte della disciolta comunione; questi valori sono divenuti per effetto della rinunzia *la proprietà esclusiva* del marito. Dacchè la moglie, libera di accettar la comunione o di rinunziarvi, ha optato per la rinunzia è vero il dire che più non v'è comunione, e quindi neppur condividenti; evvi soltanto: da un canto il marito ormai *solo proprietario* di beni una volta comuni e che ora più non formano che un solo e medesimo patrimonio con gli altri suoi beni, e dall'altro la moglie *semplice creditrice*, non già della comunione che più non esiste, *ma del marito*.

Avvien forse altrimenti nel caso di accettazione? No. Senza dubbio la moglie che accetta la comunione è *proprietaria* in parte dei beni che la compongono; ma essa è ad un tempo *creditrice* delle sue riprese: la sua posizione sotto tal rapporto è analoga a quella dell'erede beneficiario, creditore esso stesso della successione. Senza dubbio ancora potrà stare ch'ella non abbia alcun interesse a far distinzione tra queste due qualità; p. es. allorquando trovasi a fronte sol del marito o degli eredi di lui, ella può agir come proprietaria e non à interesse a procedere altrimenti. La quistione che si agita allora tra le parti è tutta nella divisione de' valori che sono loro comune proprietà; essi van pagati o per via di prelevamenti, o per via di attribuzione in pria di quei che ciascuna di esse à dritto a riprenderu come suo in questo fondo comune in cui tutto è confuso nel durar della società conjugale, ed in seguito della loro rispettiva parte nei beneficii risultanti dalla industria o dalla collaborazione dei socii. In questo caso evidentemente la moglie esercita il suo dritto di proprietà, non solo quando divide i beneficii comuni, ma anche quando opera le sue prelazioni, fossero pure più considerevoli di quelle del marito (2). Ciò risulta dagli art. 1740 e segg. Cod. Nap., i quali sono stati scritti appunto ed unicamente per regolare i rapporti dei conjugi tra essi o i loro rappresentanti nel caso in cui, la comunione essendo stata accettata, evvi luogo ad effettuarne la divisione.

Ma se la moglie trovisi a fronte di creditori opponenti, è tutt'altro. La comunione in tal caso à un passivo; trattasi anzi tutto di estinguerlo: trattasi di soddisfare i creditori: trattasi a dir breve di render libero l'attivo, dopo di che soltanto gli aventi dritto potran dividerlo. Or se la moglie à delle riprese ad esercitare, queste riprese costituiscono un credito a carico dell'attivo al pari degli altri crediti: ella è dunque creditrice quando viene ad esercitarlo ed agisce come tale rispetto agli altri creditori della comunione, attendendo che agisca come proprietaria verso suo marito quando essendo libero l'attivo si tratterà di dividerlo.

(1) Bourjon Dr. comm. della Francia. Comm. dei dritto dei conjugi, n° 136): « Sostenere il contrario, ei soggiunge, si è voler aggiungere alla consuetudine e mutarne la disposizione. Il che è tanto più incontestabile che i conquisti sono stati sovente acquistati coi danari dotali della moglie. »

(2) Ciò spiega l'uso consacrato per altro dalla giurisprudenza in cui è l'amministrazione del registro di non percepir mai un dritto di mutazione sulle divisioni della comunione; quando la moglie è soddisfatta delle sue riprese in valori della comunione (*Ved.* il nostro trattato del contr. di matr., t. I. n° 836.) Con ciò si spiega ugualmente l'opinione emessa dal Pothier nel suo trattato dei *Feudi* e che si è di recente tentato di porre in opposizione con quella che ha proposta nel suo trattato della Comunione (Ved. la dissertazione del Vavasseur sulle riprese della moglie in comunione, Riv. prat. t. II, n. 307 e 32).

La moglie può forse procedere in tal modo? Può far così astrazione dalla sua qualità di proprietaria e non eccepire che quella di creditrice rispetto agli altri creditori? Lo può certamente; il principio del suo dritto a tal riguardo è scritto nell'art. 1483, Cod. Nap., e specialmente sotto tal rapporto la sua posizione è identica con quella dell'erede beneficiario. Uno degli effetti del beneficio d'inventario è quello di dare all'erede il vantaggio di non confondere i suoi beni personali con quelli della successione, di conservare contro di essa il dritto di reclamare il pagamento dei suoi crediti. Tale era la regola in dritto comune: Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hae confundantur, sed similem (cum) aliis creditoribus per omnia habent fortunam. . . » (L. 22, al C. *De jure delib.* § 9). Tale è altresì la regola che consacra anche più esplicitamente l'art. 802, Cod. Nap., ed essa conferma l'altra regola che l'erede beneficiario non è tenuto al pagamento dei debiti della successione che sino alla concorrenza del valore dei beni che à raccolti (art. suddetto). Si comprende in fatti che l'erede il quale, in seguito della sua accettazione, perdesse il dritto di farsi pagare sulla massa ereditaria come gli altri creditori, troverebbesi col fatto tenuto oltre del suo emolumento, poichè il suo patrimonio sarebbe diminuito di tutta la dividenda che l'erede avesse avuto la facoltà di riscuotere pria della sua accettazione. Altrettanto è della moglie in comunione di beni; tale è il voto dell'art. 1483, Cod. Nap., il quale avendo fermato ugualmente la massima *ch'ella non sarebbe tenuta che sino alla concorrenza del suo emolumento*, purchè siavi stato un buono e fedele inventario, à voluto con ciò stesso che i suoi beni non si confondessero con quelli della comunione al pari dei beni dell'erede beneficiario i quali non si confondono con quelli della successione; dunque alla guisa stessa dell'erede beneficiario il quale conserva il dritto di reclamare i suoi crediti contro la successione, la moglie conserva il dritto di reclamare i suoi contro la comunione, senza di che avverrebbe che in definitiva ella sarebbe tenuta non solo sino alla concorrenza del suo emolumento, ma ancora nella misura di questo emolumento aumentato dal suo proprio credito che perderebbe, non potendo reclamarlo contro la comunione.

Ciò dunque non è a porsi in dubbio; la moglie accettando può fare astrazione, rispetto ai creditori, della sua qualità di proprietaria e non agire che come creditrice, quando è in loro presenza per la difesa dei suoi dritti.

526. Così essendo, la conclusione si deduce in certo modo da sè stessa. Se la moglie, vuoi che accetti la comunione, vuoi che vi rinunzii, opera come creditrice delle sue riprese rispetto agli altri creditori del marito, ella opera necessariamente come creditrice ipotecaria; chè ella ha pel suo credito di riprese una ipoteca che le accorda la legge, la quale si rannoda di pieno diritto al credito, che qui non può esserne separata, poichè la moglie non lo ha ceduto, e che ricadendo sulla generalità degli immobili del debitore abbraccia nella sua affezione i conquisti.

Ciò è evidentissimo nel caso di rinunzia alla comunione. E di fermo ai termini delle disposizioni molto espresse e formalissime della legge, l'ipoteca legale della moglie affetta, in massima, *tutti i beni immobili del marito* senza distinzione nè riserva. Or per l'effetto della rinunzia alla comunione, i proprii e i conquisti sono ormai confusi e più non formano che uno stesso patrimonio, il quale è la *proprietà* del marito. Adunque nei termini stessi della legge, come nel suo spirito, l'ipoteca colpisce gl'immobili che ànno avuto il carattere di conquisti, allo stesso titolo che colpisce tutti gli altri immobili del marito. Tale era la soluzione del nostro antico dritto, in cui era unanimamente ammessa (1); ed evvi tra' principii nuovi e gli antichi rapporti sì intimi e potrebbesi dire una identità sì perfetta, che non potrebbe recar sorpresa il vedere la stessa soluzione prevalere oggidì in dottrina ed in giurisprudenza (*ved. supra*, n. 523), come prevaleva una volta.

Non è men evidente a parer nostro nel caso di accettazione della comunione, e se la opinione dominante oggidì si pronunzia altrimenti (*ved. loc. cit.*) gli antichi, nostri maestri in questa materia della comunione, non vi si erano ingannati. Molti senza dubbio parlando dell'ipoteca dei conquisti avevano omesso di spiegarsi sul caso di accettazione e riconoscendo il dritto della moglie la supponevano rinunziante alla comunione (2). Ma altri, e in più gran numero, ànno trattato la quistione

(1) Ved. Rousseau de Lacombe (v° Ip., sez. 3, n° 3), Bourjon (loc. sup. cit.), Duplessis (Comm., lib. 2, cap. 5), Lebrun (Comm., lib. 3, cap. 3, s. z. 2, dist. 3), Renusson (Comm., 2 part., cap. 3, n° 42 e segg).

(2) Ved. in ispecie Lebrun e Renusson (loc. cit.).

in tesi generali; e i primi àn detto, senza esitare, nè far distinzione che i conquisti, tutto che alienati dal marito, sono gravati tra le mani dell' acquirente dall'ipoteca legale della moglie. Tale era segnatamente l' avviso del Bourjon, di cui riproducemmo la dottrina al n. 525, e il Bacquet lo esprimeva in questi termini: «Il marito col suo contratto di matrimonio avendo obbligato tutti e ciascuno dei suoi beni presenti, al pagamento ed alla soddisfazione della dote e delle convenzioni matrimoniali della moglie, non può alienare i conquisti, nè i proprii e gli acquisti, senza il dritto d'ipoteca creato alla moglie sin dal momento in cui i detti conquisti sono stati tra le mani di suo marito. Altrimenti la moglie sarebbe in peggior condizione degli altri creditori ipotecarii (1). » Ecco la parola del problema, quella che risponde a tutte le obbiezioni.

Così si oppone alla moglie accettante, a nome dei creditori ipotecarii coi quali è in lotta che, mercè la sua accettazione, ella ha ratificato l' affezione ipotecaria consentita da suo marito sui conquisti; le si oppone ancora che, come parte prendente nella comunione, essa non può esercitare la sua ipoteca sui beni di questa comunione in pregiudizio dei creditori ai quali questi beni sono stati vincolati, e rispetto ai quali ella è per lo contrario tenuta, come in comunione di beni e comproprietaria, dell' obbligazione di garenzia. Ella potrebbe rispondere in prima: — Da una banda a coloro che le oppongono una pretesa ratifica, che l'accettazione della comunione ha i suoi effetti determinati, che la legge limita in termini precisi l'obbligazione della moglie accettante, che in ispecie ella dice che la moglie non è tenuta dei debiti della comunione, vuoi rispetto al marito, vuoi rispetto ai creditori che *sino alla concorrenza del suo emolumento* (art. 1483); che anche, personalmente obbligata per un debito della comunione, non può essere molestata che per la metà, *a meno che la obbligazione non sia solidale* (art. 1487); e che la legge non facendo alcuna distinzione non si vede come l'accettazione potrebbe agire più energicamente sull'affezione ipotecaria che su gli altri atti del marito e farne l'opera personale della moglie stessa, sì completamente come se costei fosse stata parte nel'atto col quale si è consentita l'affezione: — Da un'altra banda a coloro che oppongono la eccezione di garenzia, la moglie potrebbe rispondere che essi ne esagerano la portata a di lei riguardo; che supponendo opponibile questa eccezione, nel caso in quistione, ne risulterebbe non già certamente che la moglie dovesse perdere in modo assoluto la sua ipoteca sui conquisti, ma soltanto che dovrebbe soffrire la riduzione nella misura in cui è tenuta dei debiti comuni, di guisa che la sua ipoteca sussisterebbe per intero anche sui conquisti, come nel caso di rinunzia, se non ritraesse alcun emolumento dalla comunione, e che se ne ricavasse uno, l' ipoteca sussisterebbe se non intera almeno per la parte del debito comune di cui la moglie, giusta le disposizioni degli art. 1482 e segg. Codice Napoleone, non è tenuta verso i terzi.

Ma la quistione non è questa, ed evvi una risposta più radicale che la moglie può fare; essa sta appunto nelle parole del Bacquet testè rammentate; cioè che, creditrice ella stessa quando è in lotta con gli altri creditori ipotecarii del marito, ella deve avere altresì il benefizio della sua ipoteca *per non essere in peggiore condizione di costoro*. Trattasi, a dir vero, di esercitare questa ipoteca sur immobili acquistati dal marito nel corso del matrimonio; ma che monta? Forse che gl' immobili, quando passano nelle mani del marito, anche durante il matrimonio, non divengono comune pegno di tutti i creditori verso i quali il marito si è obbligato? Costui forse non può gravarli specialmente alla sicurezza delle sue obbligazioni personali? Forse che tutte le condanne contro di lui pronunziate non traggono seco, a pro di coloro che le ottengono, una ipoteca giudiziaria la quale si estende su questi immobili del pari che su tutti gli altri? Tutto ciò è incontestabile: e quando i conquisti della comunione sono obbligati a tutti i creditori del marito; quando ricevono la impronta di tutte le ipoteche risultanti, vuoi dalla convenzione, vuoi da sentenze, non vi si rannoderebbe solo l'ipoteca legale della moglie, quella appunto che è stabilita per un favore tutto speciale della legge! E poi, veggasi la inconseguenza! Può stare che tutti gl'immobili che sono entrati nelle mani del marito sienai acquistati nel durar della società conjugale; ovvero che il marito abbia fatto passare tutto il suo patrimonio personale negli immobili che ha così comprati dopo essersi ammogliato; ovvero, come dice il Bourjon, che tutti gl' immobili siensi acquistati coi danari dotali della moglie. L' ipoteca legale sarà dunque sterile in tutti questi casi! Ciò evidentemente non può essere, e fa d'uopo ne-

(1) Ved. Bacquet (Dr. de just. p. 13, n° 42). — Ved. pure oltre il Bourjon già citato; Dupessis (loc. cit., lib. 1. sez. 1 e 3). Prevot della Janes (Princ. della giur. franc., t. II, p. 71).

cessarismente concludere con le parole del Bacquet che riassumono tutta la situazione: Creditrice della comunione e di suo marito, la moglie non dev' essere in peggior condizione degli altri creditori ipotecarii.

527. Del resto in tutto quel che precede noi abbiam supposto la moglie a fronte di creditori noti al momento della divisione, e che vengono a farvi valere i loro dritti risultanti a loro pro dalle ipoteche da essi ottenute contro il marito. Ma ciò non vuol dire ch' ella non possa opporre ugualmente la sua ipoteca, anche sui conquisti di cui è rimasta detentrice per effetto della divisione ai creditori che non si fossero fatti conoscere se non dopo. Il Pothier dice a tal riguardo: « Sulla domanda che un creditore ipotecario ha diretto contro la moglie,come detentrice dei conquisti che le sono ipotecati, la moglie deve rilasciarglieli . . . Ma l' attore *deve far ragione alla moglie*,non solo di ciò che ha pagato ai terzi la cui ipoteca era anteriore a quella dell' attore; *deve parimenti tenerle conto di quanto ha pagato a sè stessa* pei suoi crediti contro la comunione , *pei quali à una ipoteca dal giorno del suo contratto* di matrimonio, anteriore a quella dell' attore (1). » Si è con ciò virtualmente riconoscere l' esistenza dell' ipoteca della moglie sulla comunione immobiliare ; ma soltanto soffermarsi a mezza via; dacchè l' ipoteca è riconosciuta, il solo e il miglior modo che siavi di farne ragione alla moglie si è di conservarle la sua ipoteca nel suo rango. Allorchè dunque un creditore ignoto al momento della divisione ha diretto, secondo la espressione del Pothier , una domanda contro la moglie come detentrice dei conquisti che le sono ipotecati, la moglie si opporrà al creditore attore e conserverà il conquisto di cui è detentrice , se la sua ipoteca legale è in un rango nel quale primeggia quella di esso creditore; nè potrà essere astretta a rilasciare che nel caso inverso.

528. Tali sono le considerazioni che ci guidano a rivenire sulla opinione verso la quale avevamo dapprima inclinato ed a riconoscere che la moglie , sia che accetti la comunione, sia che vi rinunzii, ha la sua ipoteca legale sui conquisti del pari che sugl' immobili proprii del marito.

Queste considerazioni, come si vede, si riassumono in definitiva, in quelle da noi invocate per sostenere , contro la recente giurisprudenza della Corte di cassazione , che la moglie non à al contrario, a causa delle sue riprese, un diritto di preferenza sui valori mobiliari della comunione ; chè esse voglion dire che la moglie è *creditrice* delle sue riprese rispetto agli altri creditori della comunione ; che a questo titolo di creditrice ella ha dritto se non a qualche cosa di più di quel che la legge le accorda, almeno a tutto ciò che le è accordato; e quindi che se non deve venire sui valori mobiliari della comunione che in contributo con gli altri creditori nel manco di un testo che le attribuisce questi valori in preferenza , è uopo almeno lasciarle il suo rango ipotecario sugl'immobili, in virtù del testo ben positivo che rannoda espressamente al suo credito la sicurezza dell' ipoteca.

529. Aggiungiamo terminando su questa grave quistione essere dell' alienazione dei conquisti consentita dal marito , lo stesso che della loro affezione ipotecaria ; essa neppure impedisce che sussista l'ipoteca legale della moglie ; soltanto fa d' uopo riserbare il caso in cui costei fosse concorsa all' alienazione. Il concorso che avesse dato costituirebbe la rinunzia *estintiva*, di che parlammo ai n. 481 e segg. , ed in conseguenza l'immobile passerebbe libero dall'ipoteca legale nelle mani del terzo acquirente, tranne nonpertanto se la moglie avesse *anteriormente* ceduto il suo dritto ipotecario ad un terzo , il quale avrebbe allora dritto ad esercitarlo.

Ma se è rimasta estranea all' alienazione consentita dal marito, l'ipoteca legale sussiste a suo pro; le ragioni di decidere sono esattamente le stesse che nel caso di affezione ipotecaria ; ed appunto su questo caso di alienazione si pronunziano il Bacquet e il Bourjon, la cui opinione è stata riprodotta di sopra. Così, allorchè il marito rivende senza il concorso della moglie, degl' immobili che aveva acquistati nel durar della società conjugale , l' ipoteca legale segue questi immobili nelle mani dei terzi acquirenti, vuoi che la moglie rinunzii alla comunione, vuoi che la accetti. Il suo dritto, il ripetiamo, non è men certo contro i terzi acquirenti che contro i creditori, in favor dei quali i conquisti fossero stati gravati d' ipoteca per parte del marito;varia soltanto nel suo obbietto,in quanto che il dritto di continuazione (*de suite*) ella viene ad esercitare e non già il dritto di preferenza , e se le si opponesse nel caso di accettazione ch'ella è proprietaria, e che a questo titolo non può avere ipoteca , risponderebbe vittoriosamente che, proprietaria rispetto al marito, ella è creditrice rispetto a tutti gli altri , terzi

(1) Pothier (Commun., n' 756 e 757).

acquirenti o creditori, e che a quest'ultimo titolo ella invoca il suo dritto ipotecario, il cui benefizio non potrebbe esserle contestato.

530. Qui terminerebbero le nostre osservazioni sulla estensione dell' ipoteca legale rispetto agl' immobili che affetta, se la legge stessa non avesse fatto o autorizzato due eccezioni notevoli alla regola della generalità. Completiamo adunque le nostre osservazioni con l' esame di queste eccezioni.

V. — 531. La prima è tutta particolare all' ipoteca legale della moglie: essa si produce nel caso di fallimento del marito. Già, parlando del principio stesso dell' ipoteca legale e dei crediti che garentisce, abbiamo indicato le considerazioni con le quali il legislatore, mentre conserva anche alla moglie del commerciante fallito la sua ipoteca legale, era stato spinto in questo caso a restringere l'ipoteca sotto un duplice punto di vista: quello dei crediti di cui l'ipoteca assicura il ricupero, restrizioni di cui abbiam trattato all' articolo 2121, al quale si rannodano (ved. n. 444 e segg.) e quello del pegno ipotecario, seconda specie di restrizioni di cui dobbiam ora occuparci.

Anche sotto questo rapporto la legge del 28 maggio 1838, modificativa del titolo dei fallimenti, ha temperato i rigori eccessivi, ai quali gli abusi e i disordini dell'epoca avevano guidato i redattori del Codice di Commercio del 1807 (*vedi supra*, n° 443). Epperò giusta questo Codice il pegno ipotecario della moglie, in caso di fallimento, era ridotto ai soli immobili *che appartenevano a suo marito all' epoca della celebrazione del matrimonio* (Cod. di Commercio, ediz. del 1807, art. 551). Si scorge a primo aspetto quanto eravi di eccessivo in questa restrizione del pegno ipotecario della moglie.

Alla fin fine, che ella non avesse azione nel caso di fallimento del marito sugl' immobili acquistati *a titolo oneroso* da costui a contare dalla celebrazione del matrimonio, ciò si comprende meraviglia; la legge sarebbe stata al certo ben impreveggente, lasciando alla moglie del commerciante fallito la facoltà di venire ad esercitare il suo dritto di preferenza sugl' immobili che costui avesse comprati in un' epoca qualunque dopo la celebrazione del matrimonio o sulle plusvalenze che avesse potuto procurare mercè addizioni fatte agl' immobili che possedeva pria di maritarsi: essa avrebbe in ciò sacrificato l'interesse dei creditori del marito; avrebbe posto questi creditori alla discrezione del loro debitore, sempre libero di impiegare il loro pegno all'acquisto d'immobili sui quali la moglie sarebbe in seguito venuta ad esercitare in loro pregiudizio il dritto risultante dalla sua ipoteca legale.

Ma il patrimonio immobiliare del marito può accrescersi per cause indipendenti dalla sua volontà. Così, può stare che aprasi una successione a suo pro dopo la celebrazione del matrimonio, può stare che si facciano a suo favore una donazione o un testamento; or se la successione, la donazione o il testamento gli procurino degl' immobili, perchè mai l'avvenimento del fallimento avrebbe per effetto di sottrarre questi immobili all' ipoteca legale della moglie? In che cosa i creditori del marito potrebbero avere a dolersi che la moglie ottenesse in questo caso il beneficio del dritto comune? Senza dubbio non sarebbe impossibile di supporre che venendo ad aprirsi una successione a pro di un commerciante, costui, se ha coeredi s' intenda con costoro ed ottenga che la divisione si faccia in modo da dargli più immobili che mobili; non sarebbe impossibile neppure di supporre che la donazione fatta al marito sia il risultato di un accordo fraudolente, e che l'atto qualificato donazione sia stato strappato ad un terzo ben compiacente, il quale in realtà nulla avesse donato (1). Nonpertanto, ben è uopo riconoscerlo, queste frodi non sono mica a temersi, appunto a causa di tutte le combinazioni e di tutte le complicità che suppongono; inoltre esse possono essere prevenute, almeno in parte, dai creditori i quali p. es. nel caso di successione sono liberi, giusta l' art. 882, Cod. Nap. per evitare che la divisione non sia fatta in frode dei loro dritti, di opporsi a che si proceda fuori la loro presenza; da ultimo lasciano sempre aperta la via della prova, con l' aiuto della quale i creditori faranno cadere gli atti fraudolenti. Non v'era adunque alcuna seria ragione per restringere in un limite al angusto come quello del Codice di Commercio del 1807 il dritto ipotecario della moglie del commerciante fallito. Così ne àn pensato i redattori della legge del 28 maggio 1838 i quali, correggendo l' antico art. 551, Codice di Commercio, vi àn sostituito l'art. 563, giusta il quale « quando il marito sarà commerciante al momento della celebrazione del matrimonio, o quando non avendo allora altra professione

(1) Si vedrà più oltre che queste osservazioni erano presentate a titolo di obbiezione nella discussione della legge del 1838 contro le modificazioni fatte da questa legge al Codice del 1807 (*ved. infra*, n° 536) e che sono state messe da banda pei motivi che indicheremo.

determinata, sarà divenuto commerciante nell' anno, gl'immobili che gli appartenessero all' ipoteca della celebrazione del matrimonio, o *che gli fossero ricaduti in seguito, vuoi per successione, vuoi per donazione tra vivi o testamentaria, saranno solo sottoposti alla ipoteca della moglie...* »

Tale è dunque lo stato delle cose in quanto concerne la estensione dell'ipoteca legale della moglie del commerciante fallito; una derogazione al dritto comune pria del Codice del 1807, e la moglie del negoziante aveva, anche nel caso di fallimento, la sua ipoteca legale nei termini degli art. 2121, 2122, 2135, Cod. Nap., al pari della moglie del non commerciante: notevole derogazione al dritto comune col Codice del 1807, in quanto che l' ipoteca della moglie del negoziante fallito non à potuto esercitarsi, giusta questo Codice, che sugl' immobili appartenenti al marito all' epoca della celebrazione del matrimonio e non colpiva giammai gl'immobili acquistati dopo il matrimonio a qualunque siasi titolo; da ultimo ritorno al dritto comune in una certa misura con la legge del 1838, in quanto che l' ipoteca legale, giusta questa legge deve gravare non solo gl' immobili appartenenti al marito al momento del matrimonio, ma ancora quelli che gli son ricaduti dopo il matrimonio per successione, donazione o legato. Tale è l'ultimo stadio delle cose.

532. Ma queste successive modifiche àn fatto nascere una quistione transitoria che è lungi dall'essere estinta, e sulla quale non importa di spiegarci da bel principio.

La quistione è quella di sapere quale legge debbesi prendere per regola ad effetto di determinare l'estensione dell'ipoteca legale della moglie, quella che esisteva al momento del matrimonio, o quella che era in vigore all'epoca del fallimento.

Notiamo in pria che l'elemento essenziale è il fallimento del marito; mancando questo avvenimento si comprende non esservi luogo a domandare se l'ipoteca legale debbasi restringere nei termini dell'antico art. 551, Cod. di Comm., o estendersi nella misura del nuovo articolo 563. L'osservazione eraci sembrata completamente inutile, se non avessimo rinvenuta nelle Raccolte una specie, nella quale queste disposizioni restrittive della legge commerciale sono state opposte alla moglie esercente i dritti risultanti dalla sua ipoteca legale, tutto che non apparisse in modo alcuno il fallimento del marito. Trattavasi nel caso particolare di conjugi maritati sotto l'impero del Codice Napoleone, vale a dire pria della promulgazione del Codice di Commercio del 1807 con una stipulazione generale di dote da parte della moglie. Il marito allora commerciante aveva acquistato dopo il suo matrimonio diversi immobili che aveva poi rivenduti: in seguito l' acquirente avendo voluto purgare fece le sue notificazioni; la moglie prese iscrizione e fu collocata nella graduazione aperta sul prezzo. Ma la collocazione fu contradetta da altri creditori ipotecarii che sollevarono due mezzi; uno, di cui nulla dobbiam dire per ora e di che ci occuperemo nel comentario degli art. 2194 e 2195: l'altro ricavato appunto dall' antico art.551, Cod. di Comm. (il che è appena credibile, non essendo stato neppure allegato lo stato di fallimento del marito) e consistente nel dire che questo articolo avendo limitato la ipoteca legale della moglie ai soli immobili che il marito possedeva all' epoca della celebrazione del matrimonio, la moglie nella specie non poteva essere collocata sul prezzo di immobili acquistati dal marito dopo il matrimonio. La Corte di Grenoble, innanzi alla quale era sorta la pretesa, ne ha fatto senza dubbio giustizia, ma avrebbe potuto respingerla con mezzi più sicuri e più radicali di quelli ai quali si è attenuta. Ella ha espresso « che il matrimonio era anteriore alla pubblicazione dell' art. 551, Cod. di commercio; che la moglie facendosi in questo articolo una costituzione generale di beni presenti e futuri, con la quale attribuiva al marito il dritto di percepire i beni che le ricadrebbero e di disporne, non gli aveva conferito questo potere che in considerazione e sotto la fede della garenzia che le assicurava la legge allora esistente; che gli art. 2121 e 2125 Cod. Nap. le davano una ipoteca generale su tutti i beni di suo marito, senza distinzione di quelli che potrebbe acquistare nel durar del matrimonio; che questa garenzia, tutto che eventuale era per lei un vero dritto acquistato, *cui l'innovazione introdotta posteriormente dal Cod. di Commercio, rispetto alle mogli di commercianti non aveva potuto farle perdere, tanto più che la sua posizione verso suo marito, fissata nel contratto di matrimonio era irrevocabile e più non poteva mutare* (1). » Il ripetiamo; potevasi dir meglio:

(1) Grenoble. 8 mar. 1833 (J. P., 1833, t. I, p. 499; Dev., 33, 2, 603). Il Dalloz, che riferisce del pari questa decisione, ha senza dubbio pensato e con molta ragione che la quistione, in parola non è una quistione; epperò ha soppressa questa parte della decisione di cui non riferisce che i motivi relativi al mezzo desunto dagli art. 2194 e 2195 (Ved. D. P., 36, 2, 69),

non è esatto in fatti di pretendere che la innovazione introdotta dal Codice di Commercio non possa far perdere alle mogli dei commercianti la posizione che è loro assodata col loro contratto di matrimonio al punto di vista della garenzia risultante dalla loro ipoteca legale; ma il vero si è che questa innovazione non può loro opporsi che nel caso preciso in vista del quale è stata introdotta; vale a dire nel caso di fallimento del marito: or nella specie giudicata dalla Corte di Grenoble nulla indica che il marito fosse in istato di fallimento. In conseguenza tutto quel che dovevasi dire si è che al momento del matrimonio e sino al fallimento del marito, la moglie del commerciante è protetta dal dritto comune come tutte le altre mogli; che il solo fallimento avrebbe potuto toglierle il beneficio di questo dritto comune sotto il quale era collocata e che suo marito non avendo cessato di essere *in bonis*, l'ipoteca legale aveva colpito indistintamente tutti gli immobili di questo ultimo.

533. Notiamo ancora che non solo l'applicazione della legge è subordinata al caso di fallimento, ma ancora che la quistione transitoria non può elevarsi che sol quando trattasi di un fallimento aperto sotto l'impero della nuova legge, collocandosi il contratto di matrimonio sotto l'impero dell'antica legge. Ecco il è quando anco i beni che la legge nuova a ritornati all'ipoteca legale della moglie fossero ricaduti al marito dopo la promulgazione di questa legge. Ecco non pertanto una specie in cui si è ciò messo in contestazione. La signorina H... erasi maritata nel 1818 col sig. G... il quale nell'anno seguente al matrimonio erasi fatto commerciante. Il 20 luglio 1835 il marito puntò i suoi pagamenti, in guisa che il matrimonio e l'apertura del fallimento avevano avuto luogo entrambi sotto l'impero del Codice di Commercio del 1807. Sopraggiunse la legge del 28 maggio 1828, e sol dopo e nel corso del fallimento, G... raccolse nella successione di suo padre un immobile, la cui vendita ebbe luogo ad istanza dei suoi creditori. In questa situazione, la signora G... o meglio, taluni creditori che ella aveva surrogati nella sua ipoteca legale pretesero che avevano dritto di concorrere a causa di questa ipoteca sul prezzo dell'immobile così ricaduto al marito, e fondavansi, per pretenderlo, sulle disposizioni della legge del 28 maggio 1838. Ma erano evidentemente mal fondati, che è stata mente dei redattori della legge del 1838 di non ammettere la moglie del fallito alla nuova estensione della sua ipoteca che nei fallimenti futuri; e questo pensiero, espresso nella discussione, è nettamente formolato dalla legge stessa: « Parecchie disposizioni della legge, diceva il relatore, potrebbero con utilità dichiararsi applicabili sin dalla promulgazione, altre non possono senza retroattività regolare i fallimenti in atto aperti. Sarebbe lo stesso che spingersi in insormontabili difficoltà il fare questa divisione nella legge attuale; abbandonare questa cura alla giurisprudenza sarebbe lo stesso che introdurre per lungo tempo innumerevoli liti. La vostra commissione ha pensato esser d'uopo troncare questa difficoltà nella impossibilità di ben risulverla. Essa vi propone dunque di lasciare sotto l'impero delle disposizioni del Codice di commercio del 1807 i fallimenti dichiarati anteriormente alla promulgazione della nuova legge, salvo in quanto concerne la riabilitazione (1)». Ed in fatti la legge del 1838 dice espressamente nel suo preambolo « che i fallimenti dichiarati anteriormente alla promulgazione della presente legge continueranno ad essere regolati dalle antiche disposizioni del Codice di Commercio, salvo in quanto concerne la riabilitazione e l'applicazione degli art. 527 e 528 ». Non v'è dunque equivoco possibile. La donna, il cui marito è caduto in fallimento sotto il Codice di Commercio del 1807 non può, vuoi da sè stessa, vuoi per mezzo dei creditori surrogati nella sua ipoteca legale, esercitare siffatta ipoteca sui beni ricaduti durante, il matrimonio, perchè la legge sotto l'impero della quale il fallimento si è aperto non autorizzava l'esercizio del dritto ipotecario che sugl'immobili che appartenevano al marito all'epoca del suo matrimonio. Se la legge del 28 maggio 1838, andando più oltre, estende l'ipoteca non solo agl'immobili appartenenti al marito all'epoca del matrimonio, ma ancora a quelli che acquista in seguito a titolo gratuito, si è con la condizione essenziale che il fallimento non sarà già aperto al momento in cui è promulgata la legge. Se l'avvenimento si è già prodotto, l'estensione dell'ipoteca più non ha la sua ragione di essere: gl'immobili ricaduti al marito a titolo gratuito sono liberati, e se questi immobili venissero a ricadergli nel corso del fallimento e dopo la promulgazione della nuova legge, non vi sarebbe nulla a mutare perchè, nel caso supposto, ciò che determina l'applicazione in preferenza di una delle due legislazioni fissanti entrambe, in modo diverso, il pegno ipotecario della moglie del negoziante fallito è secondo la volontà chiara e netta del legislatore l'epoca dell'apertura

(1) Ved. Monitore d. 1 1835, p. 221.

del fallimento e non già la data degli acquisti. Così à deciso la Corte di Rouen, innanzi la quale era agitata la contraria pretesa(1): a noi non sembra che la decisione possa essere ragionevolmente contestata.

534. Ciò precisato, giungiamo alla nostra quistione transitoria: quale è, la legge esistente all'epoca del matrimonio o quella in vigore, allorchè sopraggiunge il fallimento, quella che prender si deve a regola ad effetto di determinare la estensione dell'ipoteca legale della moglie del negoziante fallito? E specialmente una donna maritata sotto l'impero del Codice di Commercio del 1807 ha forse ipoteca sugl'immobili ricaduti al marito per successione, donazione o legato, quando costui è caduto in fallimento dopo la promulgazione della legge modificativa del 28 maggio 1838?

La quistione non può risolversi in tesi assoluta; in fatti la soluzione varia secondo che i creditori coi quali la moglie è in lotta sono chirografarii o ipotecarii, o secondo che i titoli dei creditori sono per la loro data anteriori o posteriori alla legge del 28 maggio 1838.

Così, la moglie trovasi a fronte di creditori ipotecarii la cui ipoteca era iscritta sin pria della promulgazione della legge del 28 maggio 1838, evvi a pro di questi creditori un dritto acquistato, innanzi al quale dovrà cedere quello che la moglie del negoziante fallito tiene da questa legge (2). P. es., Maria si è maritata nel 1810 con Francesco negoziante, il quale allora non possedeva immobili: ella aveva recato in dote 20mila franchi. Nel 1835 si apre una successione a pro di Francesco, il quale vi raccoglie una casa sita a Parigi, nel 1836 questa casa è gravata ipotecariamente a pro di Pietro, il quale si affretta a fare iscrivere la sua ipoteca. Indi, nel 1839 Francesco cade in fallimento. In questa situazione la moglie di Francesco potrà forse opporre la sua ipoteca legale a Pietro? Potrà forse dire che, se è stata momentaneamente priva, per effetto del fallimento di suo marito, dei vantaggi del dritto comune, essa è stata rilevata in certo modo dalla legge del 28 maggio 1838, che a contare da questa legge, l'ipoteca legale che aveva a causa della sua dote di 20 mila fr. si è rannodata alla casa ricaduta a suo marito per successione, e che questa ipoteca legale risalendo alla data del contratto di matrimonio, vale a dire nel 1810, debbe necessariamente primeggiar quella di Pietro, la quale è stata iscritta sol nel 1836? No, certamente; Pietro sarebbe fondato a rispondere, che avendo stipulato una ipoteca sotto l'impero del Codice di Commercio del 1807, ed avendola conservata mercè una iscrizione presa nei termini della legge, aveva un dritto acquistato di preferenza che non potrebbesi senza retroattività far piegare innanzi la disposizione di una novella legge. E indarno le si opporrebbe che fino a tanto che non v'era fallimento, trattavasi per lei non già di un *diritto acquistato*, ma di una semplice *aspettativa* di primeggiar la moglie di Francesco la quale, sino al fallimento, rimaneva sotto lo impero del dritto comune, ed in conseguenza che se l'avvenimento ulteriore del fallimento doveva modificare i dritti di costei, si è sol nei limiti della legge sotto l'impero della quale erasi prodotto questo avvenimento. La risposta si è che per Pietro eravi più che una aspettativa nella legge sotto l'impero della quale aveva ottenuto o conservato la sua ipoteca, che questa legge assicurandolo che nel caso di fallimento primeggerebbe la moglie, su tutti gl'immobili del fallito *diversi da quelli che possedeva all'epoca del suo matrimonio*, gli aveva dato un dritto certo; che questo dritto, per quanto fosse condizionale, in quanto che era subordinato al caso di fallimento, non era men positivo, di guisa che la condizione essendosi avverata, il suo dritto era fissato nei termini della convenzione (Cod. Nap. art. 1179), e non doveva subire alcuna ferita da una nuova legge sopraggiunta dopo il giorno in cui questa convenzione erasi formata. Questo primo punto per altro oggi di più non presenta alcuna difficoltà.

Al contrario, la moglie è a fronte di creditori ipotecarii il cui dritto non ha preso origine se non dopo la promulgazione della legge del 28 maggio 1838, la situazione non presenta maggior difficoltà, e la soluzione inversa è quella che deve prevalere in questo caso. La nuova legge è un titolo in forza del quale l'ipoteca legale momentaneamente ostacolata dal Codice del 1807, viene a colpire una classe di beni che questo Codice le aveva sottratti; e i creditori che àn poscia acquistati dritti ipotecarii risultanti, vuoi da convenzioni fatte col marito, vuoi da sentenze pronunziate contro

(1) Rouen, 6 giug. 1844 (Dev., 45, 2, 180).

(2) Tale è l'avviso di tutti gli autori e la giurisprudenza è conforme. Ved. in ispecie Req., 15 lug. 1844 (Dev., 44, 1, 609) — Ved. pure Renouard (Fall., t. II, p. 279). Lainné (Fall., p. 451), Bédarride (cod., t. II, n. 930), Duvergier (Coll. delle leggi, t. XXXVIII, p. 435), G. Massé (il Dr. comm. nei suoi rapp. col dr. civ., t. III, n. 442), Valette (p. 264 e 265, in nota), Duranton (t. XIX, n. 259 bis).

di costui, non ànno a dolersene essendo avvertiti dalla legge stessa della situazione fatta al loro debitore e della misura nella quale la moglie potrebbe esercitare la sua ipoteca legale (1).

Ma il caso che sembra aver suscitato maggiori dubbii, tutto che a dir vero non vi si dovessero scorgere maggiori difficoltà, è quello in cui la moglie trovasi a fronte di creditori chirografarii anteriori alla legge del 1838, o il che torna lo stesso, di creditori ipotecarii, che sebbene anteriori, non ànno dato la pubblicità alla loro ipoteca se non dopo la promulgazione di siffatta legge. Taluni autori assimilando questo caso a quello che abbiamo notato in prima linea, vale a dire a quello in cui la moglie è a fronte di creditori ipotecarii, la cui ipoteca era iscritta pria della promulgazione della nuova legge, insegnano che, rispetto a costoro ugualmente, la moglie non profitta della estensione d'ipoteca a lei accordata dalla nuova legge e per conseguenza che gl' immobili ricaduti al marito per successione, donazione o legato, rimangono sottratti all'ipoteca legale (2); altri senza andare tanto oltre, dicono che debba esser così almeno in favore dei creditori chirografarii, i cui dritti avevano una *data certa* pria della promulgazione della legge del 1838 (3). Noi respingiamo entrambe le soluzioni: i dritti di questi creditori; anche di quelli, il cui titolo aveva acquistato data certa, non potrebbero entrare in bilancio con dritti ipotecarii anteriori. Or i dritti della moglie sono *anteriori* a quelli dei creditori che àn trattato con suo marito, rimontando, in generale, alla data del contratto di matrimonio, e sono *ipotecarii*, chè per effetto della legge del 28 maggio 1838, gl'immobili di cui qui trattasi, sono stati risposti immediatamente e di pieno dritto sotto l'ipoteca legale, da cui erano stati sgravati per effetto di una derogazione al dritto comune, al quale in questo punto la nuova legge ha fatto ritorno. È dunque impossibile di non dare la preferenza ai dritti della moglie del negoziante fallito. Indarno i creditori opporrebbero ch'essi avevano un *dritto acquistato* anteriormente alla nuova legge, che quindi non potrebbero loro opporre questa legge senza sconoscere il principio della non retroattività. L'obbiezione sarebbe senza forza nè valore; creditori semplicemente *chirografarii*, o anche creditori ipotecarii, la cui ipoteca non è iscritta, non ànno evidentemente alcun *dritto acquistato* a non essere primeggiati da un dritto di preferenza risultante da una legge posteriore al loro credito, o anche da una convenzione. La Corte di cassazione ha ciò assodato in modo irrefragabile, allorchè nel respingere la pretesa dei creditori chirografarii, essa ha detto « che la legge del 28 maggio 1838 ha modificato la disposizione troppo ristretta dell'artic. 551 del Codice di Commercio (del 1807) ed ha sostituito a questa disposizione l'art. 563, il quale accorda una ipoteca legale alle mogli, non solo sugl' immobili che i loro mariti possedevano all'epoca del matrimonio, ma ancora su quelli che lor fossero ricaduti in seguito, vuoi per successione, vuoi per donazione tra vivi o testamentaria; che a datare dalla legge del 28 maggio 1838 l'art. 563 è divenuto il dritto comune ed ha regolato l'ipoteca delle mogli in tutti i fallimenti posteriormente aperti; che applicando questo articolo, anche quando vi sono dei creditori chirografarii anteriori alla pubblicazione di essa, non le si dà effetto retroattivo, perchè questi creditori, rispetto alla moglie del fallito e per respingere l'ipoteca da lei reclamata, non avevano mica dritti diffinitivamente acquistati ed irrevocabilmente conferiti; *che i loro titoli in fatti non attribuivano ad essi alcuna causa di preferenza, alcun dritto singolare o speciale sugl' immobili del loro debitore, il quale poteva validamente alienarli o gravarli d'ipoteca; che sottoposti così alle eventualità delle convenzioni fatte dal fallito, finchè ebbe il libero esercizio dei suoi dritti, debbono esserlo a più forte ragione alle modifiche legislative, di cui l'esperienza ha fatto conoscere la necessità e che l'interesse pubblico ha reclamate* (4) ».

Epperò in quest'ultima ipotesi come nella precedente, la legge del 28 maggio 1838 è quella che deve prevalere, ed in diffinitiva, nel caso in cui le due legislazioni sono in conflitto, in quanto che il matrimonio si fosse contratto sotto la prima, ed il fallimento dichiarato sotto la seconda, la prima non conserva il suo impero che nell'unica ipotesi in cui la moglie trovasi a fronte di creditori ipotecarii del marito inscritti pria della promulgazione della seconda legge ed a pro soltanto di questi creditori.

535. Rimane ora a determinare l'estensione dell'ipoteca legale tal quale è stata fissata dalla legge del 28 maggio 1838 in tutti i casi in cui questa legge è applicabile.

(1) Ved. Renouard, G. Massé e Valette (loc. cit.).
(2) Ved. Lainné, Bédarride, Duvergier (loc. cit.).
(3) Ved. Duranton (t. XIX, n. 209 *bis*).

(4) Rig. 3 genn. 1844 (Dev. 44, 1, 100). — Ved. pure in questo senso Renouard (loc. cit.), Massé (loc. cit.), Valette (loc. cit.).

A tal riguardo vi sono, se è possibile, anche minori difficoltà. La legge speciale deroga al dritto comune in materia d' ipoteca legale, nel senso che nel caso di fallimento, essa toglie all' ipoteca tutti gli immobili che potrebbero considerarsi come comprati dal marito coi danari dei suoi creditori nell'intenzione di assorbirne il valore per l'effetto di questa ipoteca; ecco perchè il pegno ipotecario della moglie del negoziante fallito è oggidì ridotto agl' immobili che il marito possedeva all'epoca del suo matrimonio ed a quelli che gli sono in seguito ricaduti, vuoi per successione, vuoi per donazione tra vivi e testamentaria.

Epperò, la legge non fa alcuna distinzione in quanto concerne i beni appartenenti al marito all' epoca del suo matrimonio: siccome la loro origine non può essere sospetta, essi sono gravati dall'ipoteca legale della moglie, quale che sia il titolo di possesso del marito. A tal riguardo la legge potrà sempre applicarsi senza equivoco nè impaccio.

In quanto agl' immobili che il marito acquista dopo il suo matrimonio, la legge fa una distinzione tra quelli che il marito ha acquistato a titolo oneroso e quelli che gli son ricaduti a titolo gratuito: e siccome il possesso dei primi può essere sospetto, la legge li dichiara liberi dall' ipoteca legale; i secondi soltanto vi rimangono sottoposti. Insistiamo su di ciò, chè in ciò solo il pensiero del legislatore potrebbe essere sconosciuto.

Epperò, da una banda la legge dice virtualmente che i beni, acquistati a titolo oneroso dopo il matrimonio, saranno affrancati, in caso di fallimento, dall' ipoteca legale della moglie, e per essere di accordo col pensiero della legge, occorrerà dichiarare affrancati dall' ipoteca legale l' immobile acquistato per via di permuta, se non nel caso di una permuta fatta corpo a corpo, nel qual caso l' immobile ricevuto in controcambio sarebbe la rappresentazione di quello permutato e dovrebbe essere sottoposto all' ipoteca, se questo vi fosse stato anch' esso sottoposto, almeno nel caso di permuta fatta con un pareggiamento che il negoziante fallito avesse dovuto pagare (1), purchè per altro il pareggiamento fosse abbastanza considerevole perchè vi si potesse scorgere in certo modo un prezzo di vendita fino alla concorrenza. — Sarà mestieri dirne altrettanto della plusvalenza risultante da migliorie o da addizioni fatte agl' immobili che il marito possedeva nell' ammogliarsi, o che gli fossero ricaduti, vuoi per successione, vuoi per donazione tra vivi o testamentaria, o da costruzioni che vi avesse aggiunte (2). La Corte di Rouen ha nonpertanto deciso non ha guari che le costruzioni fatte da un commerciante, caduto poscia in fallimento, su di un terreno nudo che possedeva al momento del matrimonio sono, come questo terreno stesso, sottoposte all' ipoteca legale della moglie (3). L'arresto così decide per applicazione dell' art. 2133, secondo il quale, a suo dire « l'ipoteca conferita vuoi dalla legge, vuoi dalla convenzione su di un immobile, si estende alle migliorie che questo immobile può ricevere, vuoi naturalmente, vuoi per incorporazione », indi dichiara che « questa parola *migliorie* non si intende qui soltanto in un senso restrittivo, ma comprende altresì, giusta l'adagio *aedificium solo cedit* consacrato dagli art. 551 e 552 dello stesso Codice, le fabbriche e le costruzioni le quali non sono a dir vero che grosse migliorie, e questi articoli debbono servire a determinare a che debbesi estendere l' ipoteca legale mantenuta dall' art. 563 del Codice di Commercio, a pro della moglie di un commerciante su gl' immobili posseduti da suo marito al giorno della celebrazione del matrimonio. » È evidente che la Corte di Rouen fa qui la più inesatta applicazione di principii veri in sè stessi. Che le costruzioni fatte su di un terreno nudo non sieno migliorie nel senso dell' art. 2133, ciò è certissimo, e noi il dimostrammo contro l' opinione di taluni autori che si sono pronunziati in senso contrario (*ved. supra*, n. 410); ma che questa miglioria, allorchè si è fatta dal commerciante fallito deve profittare all' ipoteca legale della moglie, è tutt' altro. Qui noi abbiamo la regola speciale dell' art. 563 del Codice di Commercio, la quale deroga al dritto comune dell' art. 2133, Cod. Nap. Or questo articolo il quale affranca dall' ipo-

(1) Ved. nonpertanto Valette (p. 263, nota 2).

(2) Ved. Renouard (t. II. p. 502). G. Massè (t. III n. 395), Valette (loc. cit.). Bédarride (t. II. n. 1054), Esnault (n. 599). — Quest'ultimo autore riserva nondimeno il caso in cui le costruzioni fatte dal marito non mutassero la natura dell' immobile, e non fossero che semplici accomodi a costruzioni che già esistessero, nel qual caso l'ipoteca legale si estenderebbe alla plusvalenza

(3) Rouen, 29 dic. 1855 (J. P. 1857, t. I. p. 585). Questo arresto è stato l'obbietto di giuste critiche per parte del Rodière, che l' à annotato nella citata collezione.

teca legale del negoziante fallito gl' immobili acquistati a titolo oneroso dopo il matrimonio, non sarebbe in verità che una lettera morta e la disposizione ne sarebbe troppo facilmente elusa, se l' ipoteca legale potesse colpire la plusvalenza risultante da costruzioni che il negoziante avesse fatte sui suoi immobili. Ecco quel che la Corte di Rouen non ha scorto.

Da un'altra banda la legge mercè una espressa disposizione accorda per pegno ipotecario alla moglie del negoziante fallito gli immobili acquistati o raccolti a titolo gratuito dal marito dopo il matrimonio; e per essere nel pensiero della legge occorrerà dire che tutti i creditori del fallito, anche i creditori ipotecarii, i cui titoli non fossero anteriori a quello della moglie, dovranno soffrire che costui eserciti il dritto di preferenza risultante dalla sua ipoteca legale su tutti gl' immobili o sul prezzo di tutti gl' immobili che fossero stati trasmessi al marito con un atto qualunque di liberalità, quale che siane la denominazione o che fossero per lui acquistati a titolo successorio.

536. Su quest' ultimo punto nonpertanto si è recentemente elevata una quistione che è stata diversamente risoluta dai tribunali; si è quella di sapere se la finzione dell'art. 883 Cod. Nap. debbesi seguire in questo caso; in altri termini, se quando un commerciante avendo concorso ad una divisione di successione vi à ricevuto per sua parte un immobile, mentre che gli altri condividenti àn preso la loro porzione ereditaria in contante, debbasi considerare come proprietario *ab initio* dell' immobile; di guisa che, sopravvenendo il caso di fallimento, l' immobile così raccolto sia gravato dall' ipoteca legale della moglie.

La Corte di Parigi si è pronunziata per la negativa fondandosi unicamente su che « la finzione dell' art. 883 Cod. Nap. sarebbe respinta in materia di fallimento dalle disposizioni precise dell' art. 563 Cod. di Commercio, le quali non sottopongono all' ipoteca legale della moglie che gl' immobili esistenti in realtà materialmente nelle mani del marito, *affine di impedirgli di acquistare con un mezzo qualunque*, nella previsione del fallimento, coi fondi del suo commercio ed in pregiudizio dei suoi creditori, immobili sui quali la moglie potrebbe far valere la sua ipoteca legale (1).» La Corte di Limoges, che ha consacrato la tesi totalmente contraria (2) si è meglio ispirata a parer nostro nei veri principii. Senza dubbio le restrizioni di cui l' ipoteca legale della moglie è stata l' obbietto sono state stabilite, come dice la Corte di Parigi, nella mira di prevenire le frodi suscettibili di recar ferita alla sicurezza del commercio e di arricchire le mogli dei falliti in pregiudizio dei creditori: tale è stato lo scopo del Codice di Commercio del 1807, come quello della legge modificativa del 28 maggio 1838. Ma il Codice del 1807, riducendo l' ipoteca ai soli immobili appartenenti al marito all' epoca del matrimonio, aveva sorpassato lo scopo, poichè taluni beni e segnatamente quelli provvenienti da successioni non possono considerarsi come comprati con danari dei creditori, nell' intenzione di assorbirne il valore per effetto dell' ipoteca legale. Or la Corte di Parigi qui giudica come se fossimo ancora sotto l' impero del Codice del 1807 e cade quindi nella stessa esagrazione. Essa afferma che l' ipoteca legale della moglie del negoziante fallito è stata ristretta ai *soli immobili esistenti in realtà materialmente nelle mani del marito*, *offine di impedirgli dall' ocquistare* CON UN MEZZO QUALUNQUE, *nella previsione del fallimento*; e in ciò dimentica che, se così fosse sotto il Codice del 1807, la legge del 1838, ben lungi dal proscrivere tutti i modi di acquisto, ha seguito le più giuste e le più vere ispirazioni riponendo sotto l' ipoteca legale della moglie del negoziante fallito gl' immobili ricaduti al marito nel durar del matrimonie, in ispecie *per via di successione*. Or ciò è decisivo contro la dottrina della Corte di Parigi, chè se in materia di fallimento, la legge ha voluto che gl' immobili appartenenti al marito all' epoca del matrimonio e gl' immobili acquistati poscia a titolo gratuito, e segnatamente per successione fossero soli gravati dall' ipoteca legale della moglie, per derogazione al dritto comune, giusta il quale questa ipoteca si estende a tutti gl' immobili indistintamente, è costante almeno che con niuna delle sue disposizioni, essa non ha aggiunto a questa prima derogazione al dritto comune un' altra derogazione dalla quale risulterebbe che le successioni ricadute ad un negoziante debbono essere regolate a suo riguardo altrimenti che coi principii ordinarii del dritto civile, sol perchè è venuto a cadero

(1) Parigi 8 apr. 1853 (J. P., 1856, t. 1, p. 187; Dev., 53, 2, 563; Dall., 54, 2, 112). — Juogo: Bourges, 2 febb. 1837 (Dev., 37, 2, 465). — Ved. pure Esnau. Fallimenti, t. III n. 600.

(2) Ved. Limoges, 14 magg. 1853 (Dev., 53, 2, 567; Dall., 54 2, 113; J. P., 1856, t. 1, p. 182). — Juoge: Trib. di Rouen, 30 giug. 1841 (D. P., 42, 3, 35). — Ved. però Dalloz (nuova edizione V.° Fallimento n. 1108).

in fallimento. La Corte di Parigi ben dice il contrario ed in ispecie afferma che la finzione dell' art. 883 del Codice Napoleone è respinta, in materia di fallimento, *dalle precise disposizioni* dell' art. 563 del Codice di Commercio. Ma è una affermazione senza pruova; e noi abbiamo la pruova contraria non solo nella generalità del testo dell' art. 563, ma ancora nelle discussioni da cui l' art. 563 è stato preceduto. È notabile in fatti che, nel suo primitivo progetto, la legge modificativa del titolo dei fallimenti al Codice di Commercio era conforme a questo Codice sul punto che ne occupa. Il Goupil de Prefeln domandò, per emendamento, che l' ipoteca legale della moglie del fallito cadesse parimenti sui beni ricaduti al marito dopo il matrimonio, vuoi per *successione, vuoi per donazione o per testamento*, (seduta del 23 febb. 1835). Questo emendamento che poi divenne legge, non fu allora discusso; il Moreau de la Meurthe ne aveva presentato un altro più ristretto sul quale cadde la discussione. Esso consisteva nell'estendere l'ipoteca agl'immobili ricaduti al marito per *successione soltanto* Su di ciò il Renouard, come relatore, rispose che la commissione non aveva creduto poter ammettere lo emendamento. E perchè? Il motivo è preciso sotto il punto di vista della nostra quistione.

« Non devesi, diceva il Renouard, prevedere il caso in cui il marito si *farà attribuire la sua parte ereditaria in immobili invece di ricevarla in contante? In questo modo la moglie troverebbe con la sua ipoteca sugl' immobili un vantaggio che per lei non esisterebbe, se il marito avesse preso in contante la sua parte*. Ben conosco non pertanto che evvi un motivo di giustizia nel merito dell'emendamento che visi è presentato; ma nel dubbio la commissione à pensato che valesse meglio non fare innovazioni ed attenersi alle disposizioni esistenti (1). » Con ciò venivasi a porre in veduta la finzione dell'art. 883 Cod. Nap. che ha svegliato gli scrupoli della Corte di Parigi. Purtuttavia il Moreau avendo replicato invocando l'art. 882 dello stesso Codice che autorizza i creditori di un condividente ad intervenire nella divisione per evitare che si faccia frode ai loro dritti, l'emendamento fu adottato. Così fu ammessa, anche pel caso particolare obbietto della discussione, la finzione dell'art. 883 Cod. Nap., salvo la facoltà pei creditori, il che è anche per dritto comune, di prevenire la frode intervenendo alla divisione, e checchè ne abbia detto la Corte di Parigi, non vi è nel nuovo art. 563, Cod. di comm. una sola parola che contraddica siffatta soluzione.

Diremo dunque con la Corte di Limoges che quando questo articolo ha esteso l' ipoteca legale di un commerciante agl' immobili che ricadrebbero a quest' ultimo durante il matrimonio, *vuoi per successione*, vuoi per donazione tra vivi o testamentaria, non à recato alcuna derogazione ai principii generali di diritto civile e per conseguenza alla finzione legale dell' art. 883 del Codice Napoleone, che il suo silenzio a tal riguardo prova che il legislatore se ne è rimesso ai principii generali in questa materia, che in conseguenza non ha inteso derogar per nulla al *modo* ed agli *effetti* della divisione, regolati dalle leggi civili; che la parola *successione* impiegata dall' art 563 per caratterizzare la provvenienza dei beni ricaduti durante il matrimonio è essa stessa inseparabile dalla idea di una divisione con tutti gli effetti legali che vi sono annessi dal dritto comune, e quindi che, avvenendo il caso in cui un negoziante avesse preso la sua parte ereditaria in immobili, nella divisione di una successione aperta in suo favore dopo il suo matrimonio, questi immobili gravati dell' ipoteca legale della moglie al momento stesso in cui sono stati raccolti, ne rimangono affetti, quand' anco il marito erede venisse ulteriormente a cadere in fallimento.

537. Nel terminare su questa prima eccezione alla regola della generalità dell' ipoteca legale della moglie, faremo notare, che la regola giusta la quale taluni immobili del fallito sono liberi da siffatta ipoteca deve ricevere la sua applicazione anche nel caso in cui, essendosi venduti gl' immobili pria del fallimento, più non vi fosse, dopo avvenuto il fallimento, che a procedere alla distribuzione del prezzo. In questo caso particolare, il prezzo è davvero la rappresentazione della cosa; e siccome la cosa non sarebbe stata affetta dall' ipoteca legale della moglie, se fosse stata in poter del marito, quando è scoppiato il fallimento, è giusto il dire che neppure il prezzo debbe esserne affetto (2).

Supponiamo non pertanto che il prezzo è posto in distribuzione dopo l' apertura del fallimento; chè se il prezzo fosse stato distribuito prima, e se la moglie già collocata in una graduazione aperta quando il marito era ancora *in bonis* più non aveva, dopo il

(1) Ved. per questa discussione il sunto che ne à dato lo stesso Renouard nel suo trattato dei fallimenti (t. II, p. 300).

(2) Ved. Lainnè (Dei Fallimenti, p. 437), G. Massè (t. III, n. 393).

fallimento del marito, che a ricevere il montare della sua collocazione, vi sarebbe in suo favore un dritto acquistato, al quale l'avvenimento del fallimento non dovrebbe arrecare alcuna ferita. Mercè il fallimento soltanto i dritti risultanti per la moglie dalla sua ipoteca legale prendono il loro carattere di generalità; finchè è integra la posizione del marito negoziante, i dritti della moglie sono del pari integri, e nulla può essere sottratto alla sua ipoteca di quanto debbe esservi sottoposto giusta il dritto comune.

VI. — 538. La regola della generalità dell' ipoteca legale soffre una seconda eccezione da noi più sopra indicata, e di cui abbiam fatto conoscere il carattere, la portata e l'obbietto (*ved. supra*, n. 507). Questa eccezione ha luogo, quando l' ipoteca eccede notariamente le sicurezze sufficienti per la gestione del debitore, i cui beni sono gravati dall' ipoteca legale. La legge correggendo in questo caso o temperando le conseguenze, soventi penose della generalità, che è uno dei caratteri dell' ipoteca legale, e riconducendo questa ipoteca alla specialità, vale a dire ad una delle basi del regime ipotecario, permette di convenire che l'ipoteca sarà ristretta agl' immobili sufficienti per operare una piena garenzia a favore del creditore.

539. Ma questo dritto di riduzione non è entrato nella nostra legislazione che col Codice Napoleone. Nell' antica legislazione, tutto che le ipoteche risultanti dai contratti si estendessero a tutti i beni del debitore, non vi si scorge che costui sia stato autorizzato a provocarne la riduzione. Di qui una quistione transitoria, che producesi a dir vero ad occasione delle ipoteche convenzionali e giudiziarie, del pari che ad occasione dell' ipoteca legale, ma di cui dobbiam qui dire non per tanto il nostro parere, pria di cominciare il comentario degli art. 2140 e seguenti, coi quali è regolato tutto ciò che concerne la nostra seconda eccezione.

540. La quistione è quella di sapere se la riduzione autorizzata da questi articoli può applicarsi alle ipoteche anteriori alla promulgazione del Codice Napoleone. La giurisprudenza e gli autori si son divisi su questo punto. Taluni arresti àn detto in modo assoluto « che non è dare un effetto retroattivo al Codice Napoleone l'operare secondo esso la riduzione di una iscrizione ipotecaria eccessiva; che vi sarebbe effetto retroattivo, se la legge arrecasse ferita ad un dritto acquistato, ma che conservando intatti i dritti del creditore, in quanto alla quantità della somma a lui dovuta, e riducendone soltanto il pegno, se esso rimane sempre sufficiente per soddisfare l'intera somma, non può risultare per lui alcuna perdita, e i suoi dritti sono perfettamente garentiti (1). » Altri e la maggior numero àn detto per lo contrario, parimenti in tesi assoluta « che il Codice Napoleone non può governare retroattivamente le ipoteche acquistate da contratti anteriori alla promulgazione di esso (2) ». In massima, noi siamo di quest' ultimo parere. Gli è certo, secondo noi, che la nuova legge riceverebbe un effetto retroattivo, nel vero senso della parola, se dei creditori che ànno accettato una ipoteca sotto la fede di una legislazione che affettava alla sicurezza del loro credito la generalità dei beni del loro debitore, vedessero in seguito diminuito il loro pegno in virtù di una innovazione legislativa che, al principio della generalità dell' ipoteca ha sostituito quello della specialità. Ma ciò è vero sol nel caso in cui la riduzione dell' ipoteca fosse richiesta da creditori che vi si opponessero vuoi da sè stessi, vuoi mercè le persone che ànno missione di vegliare ai loro dritti, se non sono in grado di provvedervi da sè stesse. Se al contrario la riduzione fosse liberamente consentita, sarebbe altrimenti; la nuova legge potrebbe applicarsi e la regola della retroattività non potrebbe farvi ostacolo, dacchè è convenuto al creditore che era protetto da questa regola di non invocarla.

Ecco perchè noi siamo del parere del Grenier il quale, mentre difende in tesi generale, la regola della non retroattività, e decidendo che la riduzione non potrebbesi applicare alle ipoteche giudiziarie o convenzionali anteriori alla promulgazione del Codice Napoleone, ammette non pertanto che la riduzione si applicherebbe al contrario all' ipoteca legale della moglie. E indarno si è detto esser ciò contraddittorio; chè se non si può, senza ferire la regola di non retroattività delle leggi, sottoporre alla riduzione le ipoteche antiche che derivano da una convenzione o da una sentenza, non si vede perchè non sarebbe lo stesso dell' ipoteca legale di una donna maritata anteriormente al Codice Napoleone, poichè l' ipoteca generale che le conferiva la legge antica sui beni del marito stabilisce in suo favore un dritto acquistato sacro al pari di quello che può invo-

(1) Ved. Aix, 11 frut. anno 12. Nimes 19 magg. 1807; Nancy. 26 ag. 1825. — Ved pure Dalloz (Rep., v. Ip. e priv., p. 437, n. 25).

(2) Ved. Agen, 1 term. anno 13; Parigi, 13 lug. 1807; Caen, 16 febb. 1808; Besanzone, 22 lug. 1809 — Ved. pure Grenier (t. 1, n. 180, 22?, 270), Chabot (Quest. transit., v. Ip., § 1). Troplong (n. 642 e 768), Persil (art. 2161, n. 3 e 4).

care il creditore convenzionale o giudiziario (1). La ragione della differenza si è che in tutti i casi, anche in quelli dell'art. 2144, in cui la riduzione dell'ipoteca è sanzionata dal tribunale, *il consenso della moglie è una condizione necessaria*, senza di cui non potrebbesi operare la riduzione dell'ipoteca (*vedi infra*, n. 559). Qualunque riduzione in quanto a questa ipoteca, sarà dunque *all'amichevole*, e quindi non potrà giammai parlarsi della regola della non retroattività che è senza dubbio una protezione pei creditori anteriori alla promulgazione del Codice Napoleone, ma che non li protegge se non contro le riduzioni *forzose*.

541. Veniamo ora all'eccezione autorizzata dagli art. 2140 e segg. e pria di spiegarci sui due casi successivamente preveduti da questi articoli, indichiamo in linea di osservazione generale, taluni punti sui quali questa seconda eccezione si distingue dalla precedente.

Essa ne va in pria distinta per l'oggetto al quale si applica, in quanto che invece di essere ristretta all'ipoteca legale della moglie, è autorizzata non solo rispetto a questa ipoteca, ma ancora rispetto a quella dei minori ed interdetti. Delle tre ipoteche legali stabilite dall'articolo 2121, non v'è dunque a toglier qui se non quella dello Stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici. Vedremo nel comentare l'art. 2151, se quest'ultima ipoteca è suscettibile di ridozione, ma è uopo sin da ora tener per certo che essa non è riducibile, in forza degli art. 2140 e segg., i quali autorizzando la riduzione di cui ora ci occupiamo, statuiscono in vista dell'ipoteca legale della moglie e dei minori, e non fanno menzione se non dell'una o dell'altra di queste due ipoteche.

Essa ne va in seguito distinta in quanto al pegno ipotecario, in quanto che riducendo l'ipoteca legale a tali o tali altri immobili determinati, non tiene alcun conto del titolo in forza del quale il debitore è proprietario, e accorda all'affezione ipotecaria la stessa efficacia, vuoi che gl'immobili ai quali l'ipoteca è ridotta siensi acquistati a titolo oneroso, vuoi che lo siano stati a titolo gratuito.

Da ultimo ne va distinta pel principio, in quanto che invece di essere stabilita dalla legge stessa, procede dalla convenzione; la legge si limita a permettere che le parti convengano tra loro della riduzione, o che il debitore la faccia sanzionare dal magistrato, salva, in ambo i casi, l'osservanza delle formalità che à avuto cura di determinare.

(1) Ved. Talloz l. c. cit.

Ciò detto veniamo al comentario degli articoli 2140 e segg. i quali, precisando che cosa sia l'eccezione in sè stessa e in che consista, ci daranno altresì i ragguagli speciali che comporta e le condizioni alle quali può essere convenuta in ciascuno dei due casi successivamente preveduti.

VII. — 542. Il primo caso è quello in cui la riduzione è convenuta o autorizzata al momento stesso in cui l'ipoteca legale prende origine. Questo caso è regolato dagli articoli 2140, 2141 e 2142. Risulta da questi articoli presi nel loro insieme che la riduzione autorizzata dalla legge non può giammai spingersi fino al totale affrancamento di tutti gl'immobili del debitore; che è permesso soltanto alle parti maggiori di convenire nel loro contratto di matrimonio ed ai parenti di emettere l'avviso, quando sono riuniti per la nomina di un tutore, che non sarà presa iscrizione che su di uno, o taluni immobili, vuoi dal marito, vuoi dal tutore; che in un tal caso il marito, il tutore ed il tutor surrogato non sono tenuti di richiedere inscrizione che sugli immobili indicati, rimanendo liberi gl'immobili non indicati, ed affrancati dall'ipoteca legale vuoi dalla moglie per la sua dote, le sue riprese e le convenzioni matrimoniali, vuoi dal minore o dall'interdetto pei loro crediti contro i loro tutori. Troviamo in questo insieme la indicazione di quel che è permesso, di quel che è vietato, delle circostanze nelle quali la convenzione debbesi formare, delle condizioni alle quali può esistere e degli effetti che produce.

543. Ciò che è vietato è l'abbandono assoluto della sicurezza stabilita dalla legge. Il divieto è formalmente espresso nell'art. 2140. « Non potrà convenirsi, vi è detto, che non si prenderà alcuna iscrizione ».

L'art. 2140 è relativo, gli è vero, all'ipoteca legale della moglie; ma la regola è applicabile evidentemente all'ipoteca del minore o dell'interdetto; ciò emerge dalla formola stessa dell'art. 2141 il quale, per non riprodurre la disposizione dell'articolo precedente, vi si riporta in questi termini: « *Sarà lo stesso* per gl'immobili del tutore, quando i parenti in consiglio di famiglia, saranno stati di avviso che non sia presa inscrizione che su taluni immobili. » Epperò, nè la moglie da sè stessa, nè il minore o l'interdetto per mezzo dei parenti riuniti in consiglio di famiglia per la nomina del tutore, possono giammai abbandonar l'ipoteca legale o rinunziarvi.

Ciò non ha d'uopo di comentario in quanto concerne il minore e l'interdetto; per quel

che riguarda poi la moglie, noi dobbiamo far notare che qui non trattasi di quella rinunzia di cui già ci siamo lunga pezza occupati (*ved. supra*, n. 451 e seg.), di quella rinunzia *in favore dei terzi* che, maggiore, essa è libera di fare, salvo in taluni casi in cui le sue convenzioni matrimoniali vi faranno ostacolo. La rinunzia che lo è qui interdetta dal nostro art. 2140 è quella che ella facesse *in favor di suo marito*, quella che profitterebbe al marito soltanto, procurandogli il completo affrancamento di tutti i suoi immobili dall' ipoteca legale che li grava a pro della moglie. Il divieto *fatto* dal nostro articolo non va più oltre, ed anche, non senza aver subita una vivissima resistenza, esso si è spinto sin là.

Non solamente il divieto non era scritto nella primitiva redazione dell'art. 49 corrispondente nel progetto all' art. 2140 del Codice, ma anzi eravi espressa l'idea contraria. «Allorchè nel contratto di matrimonio, vi si diceva, le parti avran convenuto che *non sarà presa alcuna iscrizione sugl' immobili del marito*, o che non ne sarà presa che su di uno o taluni immobili, *tutti gli immobili del marito*, o quelli che non fossero indicati per la iscrizione, saranno liberi e franchi dall'ipoteca per la dote della moglie e per le sue riprese.» Il Bigot-Préameneu domandò che l'articolo non autorizzasse le parti che a restringere le ipoteche e non permettesse di affrancarne la totalità degli immobili del marito. Ma la proposizione fu vivamente dibattuta, trovò opponenti molto energici che invocavano il principio della libertà delle convenzioni, specialmente nel contratto di matrimonio. Tale era in ispecie l'avviso del Treilhard, del Berenger, del Regnaud e del Berlier. Al momento in cui le parti assodano le loro convenzioni matrimoniali, dicevano questi consiglieri di Stato, esse godono della più illimitata libertà di stipulare ciò che loro piace; possono donarsi tutti i loro beni; come dunque negare ad esse il dritto, molto meno considerevole, di convenire che i beni del marito non saranno mica sgravati dalle ipoteche della moglie? Del resto vi sono delle posizioni che fan sì che la moglie abbia interesse perchè i beni di suo marito rimangano liberi; le ipoteche sono di impaccio al miglioramento dei patrimonii. Or il marito essendo stato scelto dalla moglie e dalla famiglia che dà la dote, come impedire alle parti di fermare ciò che loro conviene ugualmente a tutte? Esse prenderanno certamente le cautele che sono necessarie, e se ve ne ha taluna che mettono da banda, ciò può essere per la ragione che le giudicano pericolose.

Nonpertanto queste considerazioni non prevalsero; esse non dovevano prevalere. Da una banda, il principio stesso che prendevano per base, tutto che esattissimo in sè stesso, era molto male invocato: il Primo Console, rispondendo all' obbiezione, poneva ciò perfettamente in luce. « Senza dubbio, ei diceva, chi può il più, può il meno: se la regola è però incontestabile, si è sol quando trattasi di cose dello stesso ordine: essa non potrebbe applicarsi alle cose di un ordine diverso. Epperò, non v'è dubbio che colui al quale la legge permette di donare 100mila fr. non possa a più forte ragione donarne 50mila. Ma è difficile concepire come una moglie la quale manifesta l' intenzione di ritenere la proprietà dei suoi beni, potrebbe nonpertanto, in un eccesso di fiducia, spogliarsi di qualunque sicurezza e rinunziare ad ipoteche che la legge le dà senza suo fatto, perchè la legge ha giudicato che le sono necessarie. » Da un' altra banda le considerazioni messe innanzi dagli opponenti avevano il torto di presentarsi in nome dell' interesse privato su di un punto che, nel sistema della legge, è totalmente d' interesse generale e di ordine pubblico; ciò pure era stato notato nella discussione, in ispecie dal Cambacérès, Maleville, Bigot-Preameneu, Tronchet. Le ipoteche legali, essi dicevano, essendo stabilite dalla sola autorità della legge, indipendentemente da ogni altra volontà e formalità, è impossibile di rinunziarvi. Se questa facoltà esistesse, l'ipoteca più non sarebbe ipoteca legale, sarebbe una ipoteca proposta dalla legge a coloro a cui piacesse di lasciarla sussistere. Quando la legge copre un individuo con la sua protezione, non è permesso nè a colui che essa protegge, nè a tutt' altro, di respingere questo benefizio: e ciò debb' esser qui tanto meno permesso alla moglie, la quale in fin dei conti, se è stata provveduta di una ipoteca sui beni del marito, si è non solo nel proprio interesse, ma anche e specialmente nell' interesse dei figli e per assicurare il più possibile che se viene a perdersi il patrimonio del loro genitore, la dote della madre almeno rimarrà ad essi salva, il che è di ordine pubblico (1).

Tali furono i motivi che fecero ammettere la proposizione del Bigot-Preameneu, ed a causa dei quali fu aggiunto all'art. 2140 il divieto espresso che ne costituisce la disposizione finale. Questo divieto per altro era una

(1) Ved. Fenet (t. XV, p. 367 e segg.), Locrè (t. XVI, p. 260 e segg.).

necessità del sistema: senza di esso, la rinunzia assoluta, come diceva anche il Primo Console nella discussione della legge, sarebbe divenuta una clausola di stile in ogni contratto di matrimonio, il che sarebbe equivaluto alla soppressione stessa di questa ipoteca legale, di cui nonpertanto i redattori del Codice non avevano cessato un sol momento di proclamare la necessità.

Epperò la rinunzia assoluta all'ipoteca legale per parte della moglie verso suo marito, o verso il tutore per parte del consiglio di famiglia che stipulasse a nome del minore o dell'interdetto, ecco quel che è vietato. Qualunque convenzione o qualunque avviso contrario inscritto, vuoi nel contratto di matrimonio, vuoi nella deliberazione del consiglio di famiglia, sarebbe considerata come nulla e come non scritta, e la moglie, il minore o l'interdetto avrebbero una ipoteca generale nei termini del dritto comune, come se nulla si fosse detto a tal riguardo, vuoi nel contratto di matrimonio, vuoi nella deliberazione del consiglio di famiglia.

514. Ciò che è permesso si è la restrizione dell'ipoteca legale in tutti i casi in cui questa restrizione è senza pericolo per colui che la legge vuole proteggere. Così, un uomo il cui patrimonio immobiliare è considerevole va a maritarsi con una persona la cui dote è insignificante, o diviene tutore di un minore o di un interdetto, il cui patrimonio è di poco valore. Anche in questo caso è uopo che l'ipoteca legale non possa essere abbandonata in modo assoluto, perchè per quanto sia elevato il credito immobiliare del marito o del tutore al momento in cui va a prendere origine l'ipoteca, possono sopraggiungere circostanze tali che facciano cadere questo credito al di sotto delle obbligazioni che fossero nate dal matrimonio o dalla tutela, il che porrebbe in pericolo il piccolo avere della moglie, del minore o dell'interdetto. Ma conviene forse, quando evvi sì poco a garentire, che questo patrimonio immobiliare, fuori di ogni proporzione con la garenzia probabile, sia gravato in totalità? No, senza dubbio; la legge non ha voluto astringere a mantenere sin all'eccesso le conseguenze della sua regola. Essa ha pensato che la protezione dovuta a coloro a cui l'età e lo stato di dipendenza non permetto di difendersi da sè stessi, non doveva paralizzare nella sua azione quelli contro i quali è accordata la protezione, nè ostacolarli in tutti i loro affari. La legge permette adunque che, vuoi la moglie da sè stessa, vuoi il minore o l'interdetto mercè i parenti che stipulano per lui, rinunzii *parzialmente* alla sua ipoteca, o si riduca ad un pegno meglio in accordo con le obbligazioni del tutore o del marito.

515. Così, potrà convenirsi nel contratto di matrimonio, o esprimersi nell'atto di nomina del tutore, che non si prenderà iscrizione che su di uno o taluni immobili del marito o del tutore. È la ipotesi stessa dei nostri art. 2140 e 2141; in questa forma, la riduzione costituisce la specialità applicata ad una ipoteca che, in massima, è generale, il che fa sì che rimangono gravati a pro della moglie, del minore o dell'interdetto solo l'immobile o gl'immobili specialmente designati.

Ma questa forma tutto che indicata dalla legge non è esclusiva. La riduzione potrebbesi consentire per via di *discarico* e non sarebbe meno efficace. Così, invece di dire che non si prenderà iscrizione che su tali o tali altri immobili, e per conseguenza che l'ipoteca ricadrà sugl'immobili determinati, potrebbesi convenire che non sarà presa iscrizione su tali o tali altri immobili, e quindi che l'ipoteca ricadrà su tutti gl'immobili che appartengono al tutore o al marito, diversi da quelli che la convenzione à nominativamente affrancati o discaricati.

546. Del resto i due mezzi differiscono tra loro non solo nella forma ma anche nei loro effetti. Il primo forma dell'ipoteca legale una ipoteca convenzionale in certo modo, nel senso che le imprime, come abbiam detto, il carattere della specialità. Al contrario il secondo mantiene l'ipoteca legale nel suo carattere proprio che è la generalità, in quanto che lascia ch'essa si estenda su tutti gli immobili del tutore o del marito, salvo quelli che sono stati convenzionalmente eccettuati.

Da questa stessa differenza noi desumiamo la soluzione di una quistione che si è talvolta agitata e sulla quale le idee emesse non sono state sempre perfettamente nette. Si è domandato se la moglie che à consentito a ridurre la sua ipoteca legale può nonpertanto esercitare il suo dritto ipotecario sugl'immobili che ricadono ulteriormente a suo marito. A parer nostro, la quistione si risolve coi termini stessi nei quali si è consentita la riduzione. Se la moglie consentendo ha proceduto nella forma letteralmente preveduta dal nostro art. 2140, gli è aperto che i beni ricaduti ulteriormente al marito rimangono liberati dall'ipoteca legale, chè ella à consentito a non aver per pegno che gl'immobili da lei specialmente designati. Ma se ha proceduto per mezzo di discarico, gl'immobili che ricadono al marito son venuti ad allogarsi sotto la sua ipoteca a misura degli acquisti; non avendo essa rinunziato alla sua ipoteca che sugl'immobili ch'ella à dichiarato liberare.

La Corte di Parigi ha giudicato nonpertanto che, anche nel caso in cui la moglie avesse volontariamente ristretta la sua ipoteca a *taluni immobili designati*, gl'immobili in seguito acquistati dal marito non sarebbero affrancati dall'ipoteca legale (1). Ma eravi nella specie questa circostanza particolare; da una banda, che l'iscrizione era stata presa dalla moglie a causa della sua dote, della precapienza ec.; e dall'altra che ella reclamava la sua ipoteca a causa di crediti diversi da quelli compresi nella iscrizione e specialmente per la alienazione dei suoi proprii e le obbligazioni da lei contratte col marito. Ciò spiega e giustifica la soluzione; dacchè la moglie acquistata novelli crediti, o nuovi dritti a causa dei quali l'ipoteca speciale alla quale aveva consentito di restringersi, diviene insufficiente, si comprende che la sua ipoteca sia estesa, non ostante la specializzazione convenuta, all'immobile novellamente acquistato, cui l'ipoteca affetta allora a titolo di pegno supplementario (2); è un'applicazione della disposizione contenuta nell'art. 2131 di cui presenteremo più oltre il comentario. La Corte di cassazione à anzi giudicato che la restrizione convenzionale dell'ipoteca legale, per la dote e le convenzioni matrimoniali, non trae seco affrancamento dei beni del marito per le altre riprese future ed eventuali della moglie (3). E noi crediamo che sia d'uopo di andar sì oltre. — Ma fuori di queste circostanze, e i dritti o crediti della moglie rimanendo quali erano al momento della convenzione, una decisione simile a quella che è emanata dalla Corte di Parigi racchiuderebbe un evidente errore in tutte le specie in cui l'ipoteca fosse stata volontariamente ristretta ad uno o più determinati immobili. Ripetiamolo, si è la specialità in questo caso applicata all'ipoteca legale; questa ipoteca quindi non può, come noi potrebbe l'ipoteca convenzionale, estendersi su d'immobili ulteriormente ricaduti al debitore. Se la moglie, il minore o l'interdetto vogliono, nel restringere l'ipoteca legale, conservare in una certa misura il beneficio della generalità, è uopo che stipulino o che si stipuli per essi una riduzione mercè *discarico*; avranno così per pegno tutti gl'immobili, presenti o futuri, che non saranno stati espressamente liberati. Ma se àn proceduto, o se si è per essi proceduto per via di *specializzazione*, tanto peggio; rimanendo tutte le cose allo stesso stato che al momento della convenzione, il loro pegno ipotecario debb'essere ugualmente mantenuto nel limite in cui è stato liberamente e volontariamente ristretto.

547. Di ciò troviamo una notevole applicazione, la quale dopo aver percorso tutti i gradi di giurisdizione e subito lo sperimento del ricorso in cassazione, non è stata troncata che dopo un arresto di divisione della Corte di rinvio investita dalla Corte di Suprema in seguito di cassazione.

Nella specie due conjugi nel maritarsi sotto il regime dotale, avevano convenuto che, per sicurezza della sua dote e delle sue riprese, la futura avrebbe ipoteca su di una casa determinata e su di altri immobili designati mercè il luogo nel quale erano situati. Vi si diceva che l'ipoteca legale era ristretta a questi soli immobili, senza poter essere estesa ad altri; ma il contratto di matrimonio soggiungeva « che nel caso in cui gl'immobili ipotecati dal marito venissero ad essere alienati, l'ipoteca potrebbe essere trasferita su di altri immobili, purchè fossero di valore equivalente a quelli primitivamente ipotecati, nel qual caso la prima costituzione d'ipoteca svanirebbe e gl'immobili che ne erano l'obbietto sarebbero totalmente affrancati. » Il trasferimento d'ipoteca così convenuto col contratto ebbe luogo nel durar del matrimonio; il marito, avendo acquistato un fondo, vi trasferì in fatti l'ipoteca legale di sua moglie, mercè atto col quale veniva dichiarato che l'immobile essendo di un valore sufficiente per garentire i dritti e le riprese della moglie, il che era da costei riconosciuto, gl'immobili ai quali l'ipoteca legale era stata ristretta col contratto di matrimonio potrebbero essere venduti. Infatti questi immobili furono venduti, ed il marito più non ebbe altro immobile che il fondo novellamente acquistato sul quale era stata trasferita l'ipoteca legale della moglie. Ma il fondo era gravato da altri dritti reali. In pria era stato acquistato in parte con fondi prestati da terzi, surrogati nei dritti e privilegi del venditore; e poscia, il marito aveva fatto diversi mutui per sicurezza dei quali aveva conferito diverse ipoteche sullo stesso fondo. — In questo stato, il fondo fu pegnorato e venduto; indi essendosi aperta una graduazione per la distribuzione del prezzo, i creditori i cui fondi avevano servito allo acquisto dello immobile e che erano stati

(1) Parigi, 29 magg. 1819.
(2) Ved. Conf. Duranton (t. XX, n. 50).
(3) Rig., 18 ag. 1853 (Dev, 56, 1, 872).

surrogati ai dritti del venditore, furono collocati in prima linea con privilegio: quelli dai quali il marito aveva tolto a mutuo con ipoteca vennero dopo; e indi la moglie fu collocata come avente ipoteca legale a causa dei suoi dritti e riprese matrimoniali. Ma ella non pensò che dovesse accettare l'ultimo rango che era così accordato al suo credito; in conseguenza si oppose alla collocazione dei creditori che le erano stati preferiti ed eccepì contro di essi le clausole del suo contratto di matrimonio, sostenendo che la sua ipoteca legale essendo stata trasferita, in virtù di questo contratto, sul fondo il cui prezzo era in distribuzione, il marito non aveva potuto conferire utilmente nè privilegio, nè ipoteca su questo stesso fondo. I creditori contestati opposero a ciò, che la clausola del contratto di matrimonio portando restrizione della ipoteca legale sugli immobili, era nulla in quanto concerne quest' ultima riserva, e quindi il fondo il cui prezzo era in distribuzione non era stato giammai colpito dall'ipoteca legale. Nonpertanto la pretesa della moglie trionfò innanzi ai primi giudici e specialmente innanzi quelli di appello; la Corte di Grenoble decise nettamente ed in massima che i futuri sposi possono nel loro contratto di matrimonio, restringendo l' ipoteca legale della futura sposa a taluni immobili del marito specialmente designati, stipulare che questa ipoteca potrà essere trasferita col consenso della moglie su di altri immobili del marito, mercè che gl'immobili primitivamente affetti dall' ipoteca legale ne rimangano affrancati. In conseguenza la Corte di Grenoble dette la preferenza all' ipoteca della moglie sui privilegi ed ipoteche degli altri creditori (1).

Nonpertanto la decisione essendo stata deferita alla censura della Corte Suprema, ne è stata pronunziata la cassazione, dopo ben lunga deliberazione, con un arresto dal quale risulta che il dritto conceduto ai conjugi dall' art. 2140, Cod. Nap. di restringere col loro contratto di matrimonio l' ipoteca legale della moglie a taluni immobili, è esclusivo del dritto di fare la stipolazione validata dalla Corte di Grenoble (2); e la causa essendo stata rinviata innanzi la Corte di Lione, la quistione vi à dato luogo ad un arresto di disparere che è stato seguito da altro arresto il quale ha giudicato nello stesso senso di quello della Corte di cassazione (3).

Questa soluzione, il confessiamo, eraci sembrata sulle prime rigorosa oltremodo; e direm pure, a giudicarne dai motivi che ànno determinato la Corte di cassazione a consacrarla, l' avevamo ritenuta come molto male fondata. La Corte dice « che i termini positivi ed assoluti dell' art. 2140 non solo non autorizzano, ma vietano virtualmente ai conjugi di stipulare, anche col contratto di matrimonio, che gl' immobili affrancati da questo contratto dall' ipoteca legale della moglie potranno essere ricollocati sotto questa ipoteca per l' effetto di una convenzione interceduta ulteriormente tra i conjugi, e che sostituirebbe, per l' esercizio di questa ipoteca, agl'immobili designati nel contratto, taluni immobili in pria affrancati e non designati nel detto contratto; che le disposizioni dell' art. 2140 sono proibitive di simili convenzioni, per effetto delle quali la moglie, durante il matrimonio, allorquando è sotto la potestà del marito, *potrebbe fuori la sorveglianza della famiglia e del magistrato, senza le forme prescritte dallo art. 2144 compromettere la sua dote e i suoi dritti più importanti e più preziosi.* » Or questi motivi sono molto contestabili in dritto e pel loro strano risultato. In fatto, essi ruinano la moglie o per lo meno le tolgono tutte le garenzie che la legge le accorda per la restituzione della sua dote, in nome di principii stabiliti nella mira di assicurarle la conservazione (4). E di fermo tale è la situazione che producesi nella specie sulla quale è stato statuito dagli arresti succitati. Trattavasi di una donna maritata la quale, a causa della sua ipoteca legale, aveva ottenuto dai giudici di appello di farsi collocare in un rango di preferenza sul prezzo in distribuzione di un immobile di suo marito; i suoi dritti o crediti matrimoniali trovavansi con ciò garentiti. Ebbene! di questa collocazione che essa aveva ottenuto, le si toglie il beneficio e la si fa passare all' ultimo rango dei creditori. Perchè? perchè stipulando la riduzione di ipoteca nei termini in cui essa l' à consentita, *ella ha rischiato di compromettere la sua dote e i suoi dritti più importanti e più preziosi!* Può vedersi alcun che di più contraddittorio? In dritto, i motivi surriferiti condannano la convenzione di cui trattasi sull'autorità dell' art. 2144, in quanto che la moglie avrebbe realmente consentito, fuori la sorveglianza della famiglia e del magistrato, una riduzione d' ipoteca la quale, ai termini di questo articolo, non può operarsi durante

(1) Grenoble, 12 marzo 1849 (Dev., 49, 2 385).
(2) Cass., 5 maggio 1852 (Dev., 52, 1, 289; Dalloz, 52, 1, 129, J. P., 1853, t. II, p. 546).
(3) Lione 26, genn. 1854 (Dev., 54, 2, 215; Dalloz, 54, 2, 117; J. P., loc. cit.).
(4) Tale è la giustissima osservazione fatta dal Devilleneuve sulle osservazioni con cui fa seguire l'arresto del 5 maggio 1852 (52, 1, 292, in nota).

il matrimonio, senza il concorso del magistrato e dei parenti. Ed in ciò, dicevamo, evvi evidente confusione di due casi perfettamente distinti, quello dell'articolo 2140 e quello dell'art. 2144 (1). Che quest' ultimo articolo, di cui dovremo tra non guari occuparci (ved. n° 554 e seguenti) abbia richiesto il concorso del magistrato e quello dei parenti della moglie, ciò si comprende dacchè trattasi di una riduzione a consentire durante il matrimonio, vale a dire quando la moglie è sotto il predominio maritale; ma questa non è la nostra specie; qui la riduzione è operata col contratto stesso di matrimonio, in forza del nostro art. 2140; più non trattasi che di eseguire la riduzione nei termini in cui è stata consentita dalla moglie; e tutto che questa esecuzione abbia luogo nel corso del matrimonio, più non potrebbe esser quistione del concorso del magistrato, nè specialmente di quello della famiglia, poichè la moglie è stata assistita dai suoi parenti nel suo contratto in cui tutto è stato consentito e la riduzione stessa e le condizioni in cui potrebbesi ulteriormente operare.

Ma guardandovi più da vicino, rimaniamo convinti che la soluzione consacrata dalla corte di cassazione è in diffinitiva la migliore, e devo prevalere se non pei motivi che la Corte ha invocati, almeno per altri motivi che le nostre precedenti osservazioni àn fatto presentire.

Come abbiam detto, l' ipoteca legale, generale in massima, è specializzata nel caso in cui le parti, usando della facoltà che loro accorda l' art. 2140, dichiarano che la ipoteca sarà ristretta ad uno o a taluni designati immobili; la specializzazione qui risulta dai termini stessi dalla legge, la quale ne dice espressamente che, in questo caso, gl' immobili del marito, diversi da quelli che sono stati determinati, *rimarranno liberi e franchi dall' ipoteca per la dote della moglie e per le sue riprese e convenzioni matrimoniali.* Or noi non troviamo più questa specializzazione in una convenzione che lascia ai conjugi la facoltà di far passare l'ipoteca da immobili specialmente designati ad altri immobili che non colpiva l' affezione primitiva; allora è vero il dire che l' ipoteca rimane generale, in quanto che potendo essere trasferita dal tale immobile determinato nella convenzione al tale altro immobile che piacerà agli sposi di scegliere, essa grava eventualmente l'intero patrimonio immobiliare. Ecco secondo noi ciò che infirma la clausola; in ciò essa è contraria alla lettera ed allo spirito dell'art. 2140; alla lettera, chè da una banda essa non affetta che condizionalmente ed in modo incerto gl' immobili determinati nella convenzione, allorchè questi debbono, giusta i termini della legge, essere gravati in modo diffinitivo e fisso; e dall'altra banda essa si estende eventualmente anche agli immobili non designati, allorchè, nei termini della legge, questi immobili debbono rimanere *liberi* e *franchi* ; allo spirito, poichè la legge permettendo la riduzione dell' ipoteca in modo da metterla in relazione con le obbligazioni che vanno a nascere dal matrimonio, à avuto per oggetto di conciliare il credito del marito con la garenzia dovuta alla moglie, ed il pensiero della legge è sconosciuto dal momento in cui l'ipoteca può estendersi, anche eventualmente a tutto il patrimonio immobiliare del marito; in ciò dunque la convenzione di che trattasi è viziosa e debb'essere annullata (2). Sotto questo punto di veduta altresì, la Corte di Lione si è collocata statuendo sul rinvio pronunziato dalla Corte di cassazione.

518. Vuolsi dir con ciò che sia d' uopo ammettere in tutte le sue parti la decisione emanata dalla Corte di Lione? No, la Corte, a parer nostro, si è ingannata sugli effetti e sulla estensione della nullità pronunziata da essa. Il contratto di matrimonio, a suo dire, racchiude in quanto all' ipoteca legale della moglie due stipulazioni distinte, cioè una, che l' ipoteca legale sarà ristretta ai tali immobili determinati; l'altra che que-

(1) Ved. pure Troplong (5. ediz. Priv. e Ip. t. II, p. 457, nota 2).

(2) Tale è la opinione emessa dal Rodière, nelle osservazioni da lui fatte sugli arresti precitati della Corte di cassazione e della Corte di Lione (ved. nel giornale del Foro, 1855, t. 2, p. 546). Il Massè à pure espresso lo stesso parere nella Raccolta del Devilleneuvo (52. 1. 189, in nota). Nonpertanto il Massè ha attinto il principio della sua soluzione nell' artic. 1395. Cod. Nap. e se la clausola di cui qui trattasi gli è sembrata dover essere annullata, si è principalmente o pressochè esclusivamente in quanto che opera o almeno dà il mezzo di operare un cangiamento alle stipulazioni del contratto di matrimonio, contrariamente alle disposizioni di questo art. 1395, giusta il quale le convenzioni matrimoniali non possono ricevere alcun cangiamento dopo la celebrazione del matrimonio. Per la nostra parte, noi non adottiamo questo punto di vista ed anzi crediamo che se bisognasse cercar la ragione di decidere nell' art. 1395, Cod. Nap, la soluzione ammessa dal Massè non vi troverebbe la sua giustificazione. In fatti quando i conjugi nel maritarsi si riserbano la facoltà di trasferire durante il matrimonio, l'ipoteca della moglie da un immobile, al quale l'ànno limitata, su di un altro immobile, noi non sapremmo scorgere nell' atto col quale il trasferimento dell' ipoteca è ulteriormente effettuato un mutamento alle convenzioni matrimoniali; vi scorgeremmo piuttosto l'esecuzione di questa convenzione. Ciò è stato ottimamente spiegato dal Devilleneuvo nella confutazione da lui fatta dell'opinione del Massè (ved. loc. cit.)

ata ipoteca, in caso di alienazione del bene, potrà trasferirsi mercè talune condizioni, su di altri immobili del marito. Or soggiungo la Corte, queste due stipulazioni del contratto di matrimonio sono indipendenti l'una dall'altra, e per conseguenza la nullità della seconda non può influire sulla validità della prima.

In ciò cessiamo di essere di accordo con l'arresto: in pria noi gli rimproveriamo la strana contrarietà di vedute pocanzi notata; chè da una banda la Corte di Lione ha a cuore l'interesse della moglie; essa parla altresì della necessità di proscrivere un modo d'ipoteca legale limitato ed ambulatorio, *fecondo di imboscate in pregiudizio della dote*, una clausola opposta all'insieme delle disposizioni, mercè le quali il Codice *ha organizzato*, *nella veduta di ordine pubblico, le sicurezze che accorda alle donne maritate.* E poi, fermate queste premesse, conclude per l'annullamento della collocazione che la moglie aveva ottenuta nella graduazione aperta per la distribuzione del prezzo dello immobile sul quale era stata trasferita la sua ipoteca in esecuzione della convenzione! Epperò la Corte proclama in dritto i principii conservatori della dote, e venendo poscia all'applicazione ruina la moglie in nome dei principii che ha proclamati, negandole l'esercizio del suo dritto ipotecario a pro di altri creditori! In secondo luogo rimproveriamo all'arresto di non avere posto mente che dichiarando nulla questa limitazione condizionale della ipoteca, che è nulla in fatti, come abbiamo dimostrato al numero precedente, era mestieri tenerla come non avvenuta e come non scritta. Epperò, essa avrebbe ristabilita l'ipoteca legale nelle condizioni del dritto comune, o in altri termini avrebbe restituito a questa ipoteca il suo carattere di generalità. La conseguenza nella specie sarebbe stata che la moglie, invece di essere rinviata a sperimentare il suo dritto senza dubbio sugli immobili primitivamente affetti, vale a dire su di immobili che più non erano in potere del marito, che dei terzi avevano acquistato e che avevano forse purgati senza che la moglie avesse pensato ad intervenire, nel pensiero che il trasferimento della sua ipoteca su di altri immobili le dava una garenzia seria e sufficiente, sarebbe stata rispettata nella graduazione, in virtù della sua ipoteca la quale, ristabilita nel suo carattere di generalità, si sarebbe estesa all'immobile il cui prezzo era in distribuzione, come a tutti gli altri che avrebbero potuto appartenere al marito.

E si noti bene che questo annullamento assoluto, oltre che fa concordare le premesse con la conseguenza, ha l'altro vantaggio che esso solo rientra esattamente nella verità dei principii, come nella probabile intenzione delle parti; dal perchè, checchè ne abbia potuto dire la Corte di Lione, la clausola nella quale questa Corte ha ravvisate due stipulazioni distinte ed indipendenti l'una dall'altra, offre alla mente l'idea di una sola e medesima convenzione, di cui tutte le parti sono tra loro legate, talmente che non se ne può sopprimere una senza distruggere l'insieme (1). Si è una limitazione condizionale dell'ipoteca legale: lo spostamento dell'ipoteca è la condizione stessa della convenzione; la moglie non consente a restringere il suo pegno ipotecario che sotto la formale condizione che gl'immobili che ella ben à voluto accettare per pegno speciale, venendo ad essere alienati, le sarebbero offerti altri immobili nei quali troverebbe una garenzia uguale e parimenti certa. Sopprimete ora la condizione; la convenzione più non ha la sua ragione di essere; ed è uopo necessariamente che la moglie, perchè non sia ingannata, perchè non faccia un'arma contro di lei delle sicurezze stesso che la legge le à accordate in un pensiero tutto di protezione, sia ristabilita nella pienezza del suo dritto, perchè in realtà nulla ha abbandonato, dacchè si cancella la condizione sotto la quale aveva consentito a lasciarne una parte. Così vogliono a un tempo e le regole e la giustizia; ci ripugnerebbe di pensare che la Corte di Lione potesse essere imitata nella via, in cui si è ingolfata, se la quistione, la quale per altro era senza precedenti sino agli arresti precitati, venisse a riprodursi.

Assodato così ciò che è interdetto e ciò che è permesso dai nostri art. 2140 e 2141, veniamo alle circostanze nelle quali può formarsi la convenzione di cui qui trattasi, alle condizioni sotto le quali può farsi ed agli effetti che produce.

549. Al momento in cui l'ipoteca va a prendere origine, la riduzione può esserne consentita dalla moglie, o autorizzata dai parenti del minore o dell'interdetto. Ciò risulta dai termini stessi della legge, la quale qui statuisce specialmente nella previsione

(1) Tale è anche l'avviso espresso dal Rodière nelle osservazioni da lui presentate, tanto sull'arresto della Corte di cassazione, quanto su quello della Corte di Lione, citati nelle note precedenti (Ved. Giorn. del Foro, loc. cit.)

del caso in cui la convenzione ha luogo, in quanto concerne l' ipoteca legale della moglie, *nel contratto di matrimonio* (art. 2140), ed in quanto concerne quella del minore, *nell' atto di nomina del tutore* (art. 2141, 2143). A tal riguardo, le disposizioni della legge si spiegano da sè stesse, particolarmente sulla ipoteca legale della moglie. Ne risulta che qualunque altro atto diverso dal contratto di matrimonio nel quale la moglie accordasse il suo consenso a che l' ipoteca legale fosse ridotta a tali o tali altri immobili, sarebbe inutile e senza efficacia; l'ipoteca resterebbe generale, come se niun atto fosse intervenuto; chè nel contratto stesso da cui procede una ipoteca la quale di sua natura sarebbe generale, importa scrivere la derogazione alla regola della generalità.— Non pertanto ciò non esclude la possibilità di ridorre l' ipoteca mercè una controscrittura nella forma dell' art. 1396, rannodandosi in questo caso la controscrittura alle convenzioni matrimoniali ch' essa modifica.

In quanto all'ipoteca legale del minore, la legge è ugualmente chiara, in quanto che indica sufficientemente che nell' atto stesso che nomina il tutore, i parenti, riuniti per procedere alla nomina, debbono restringere l'ipoteca del minore o dell'interdetto, senza di che questa ipoteca si rannoderà a tutti gl'immobili del tutore, salva l' applicazione se vi è luogo, dell' art. 2143, al quale or ora giungeremo. Ma la legge è incompleta in quanto che la tutela non procede sempre da un atto di nomina per parte dei parenti riuniti in consiglio di famiglia. Evvi, indipendentemente dalla tutela dativa, di cui il consiglio di famiglia conferisce l'incarico, la tutela testamentaria e la tutela legittima che si stabiliscono, senza che il consiglio di famiglia vi prenda alcuna parte. Ed ora, dacchè il nostro art. 2141 parla soltanto di parenti riuniti in consiglio di famiglia, segue forse che il principio ch'esso ferma non possa essere applicato nei casi di tutela testamentaria o legittima ? Fa d' uopo distinguere.

Il padre il quale col suo testamento dà un tutore ai suoi figli minori deve avere un dritto almeno uguale a quello che appartiene al consiglio di famiglia. Se dunque ha dichiarato nel suo testamento che l' ipoteca conferita dalla legge ai minori sulla universalità degl'immobili del tutore fosse ristretta a tali o tali altri immobili del tutore che ha nominato pei figli, non vi sarebbe alcun motivo a parer nostro, per non dare effetto a questa disposizione testamentaria. Il padre non ha minor premura per l'interesse dei suoi figli di quella che potrebbe avere un consiglio di famiglia: sarebbe quindi poco ragionevole di contestargli un dritto che il consiglio di famiglia può sperimentare (1). E quello che diciamo del padre è uopo dirlo ugualmente della madre, poichè la legge le accorda per la scelta del tutore lo stesso dritto del padre (art. 397 e seg.). Evvi nonpertanto ad eccettuare un caso, quello in cui la madre fosse rimaritata. La legge ne dice che, in questo caso, allorchè la madre, mantenuta nella tutela, avrà fatto la scelta di un tutore ai figli del primo matrimonio, questa scelta non sarà valida che sol quando sarà confermata dal consiglio di famiglia (art. 400). Si può dire allora che sino ad un certo punto si rientra nella previsione del nostro art. 2141, e che quindi l'ipoteca legale del minore non sarà ristretta che sol quando il consiglio di famiglia, confermando la scelta del tutore fatta dalla madre, avrà confermato del pari la disposizione del testamento, mercè la quale la madre avesse ridotto l'ipoteca legale a taluni determinati immobili (2).

Ma in quanto concerne la tutela legittima, quella che apresi di pieno dritto e senza alcun atto di nomina, a pro del superstite dei genitori (art. 390) o degli ascendenti se non si è scelto un tutore dall' ultimo defunto dei genitori del minore (art. 402 e seguenti) l'ipoteca è necessariamente generale al momento in cui prende origine, chè non interviene alcun atto di nomina mercè il quale questa ipoteca possa essere ridotta; e se il consiglio di famiglia debb' essere riunito anche in questo caso, ciò non può essere che per nominare un tutor surrogato ai minori (art.421), e non mica per restringere l'ipoteca attribuita dalla legge a costoro; lo che il consiglio di famiglia non può fare se non nelle tutele, le quali essendo deferite da lui stesso, procedono da lui. Il tutore legittimo adunque, tutto che possegga immobili più che sufficienti per la garenzia delle obbligazioni che vanno a nascere dalla tutela, non può invocare il benefizio del nostro art. 2141; non v'è per lui riduzione possibile dell'ipoteca legale se non nel caso e secondo le forme dell' art. 2143, al quale or ora giungeremo.

550. In quanto alle condizioni sotto le quali è permesso di ridurre l'ipoteca legale, vuoi col contratto di matrimonio, vuoi con l' atto di nomina del tutore, esse sono ben

(1) Conf. Persil (art. 2142, n° 3), Dalloz (Rep., v. Ip e Priv., p. 453, n. 10).

(2) Ved. Dalloz (loc. cit., n. 11).

pocho, si possono ridurre a tre; una propria all'ipoteca legale della moglie; le altre due comuni a questa ipoteca e a quella del minore o dell'interdetto.

551. Fa uopo in pria e in quanto concerne l'ipoteca legale della moglie, che la convenzione intervenga tra parti maggiori; tale è la formale disposizione del nostro art. 2140. Non pertanto essa è troppo assoluta nella espressione: la legge parla di *parti* maggiori, donde risulterebbe che la riduzione sarebbe impossibile, se il marito non fosse in istato di maggioretà come la moglie. Sarebbe questa nonpertanto una esagerazione. Il marito che ottiene col suo contratto di matrimonio la riduzione dell'ipoteca legale che senza di ciò graverebbe l'universalità de' suoi immobili, non fa in quanto a sè alcun sacrifizio: al contrario stipula nel suo interesse ed in suo favore. Or il minore non potrebbe in una situazione simile, trovare un ostacolo nella sua minorità, essendo massima che il minore è sempre sufficientemente atto, allorchè trattasi di rendere migliore la sua condizione. Della moglie soltanto intende dunque parlare la legge, allorchè impone questa condizione di maggioretà; e se ha parlato delle *parti maggiori* si è che, rannodandosi nelle sue previsioni a questo fatto, che abitualmente la differenza di età nel matrimonio è a pro della moglie, ella ha supposto che se la futura era maggiore, il futuro sarebbe sol per ciò ugualmente maggiore.

Ma è uopo indispensabilmente che la moglie sia maggiore; se fosse in istato di minoretà, qualunque consenso ella prestasse alla riduzione dell'ipoteca legale sarebbe inefficace ed inoperoso. Un solo autore, il Taulier, sostiene oggidì il contrario, perchè, a suo dire, giusta gli art. 1309 e 1398, Codice Napoleone, un minore può fare col contratto di matrimonio qualunque specie di convenzione, purchè sia assistito da persone col consenso delle quali gli è permesso di ammogliarsi, e perchè non vi à ragione che la moglie minore, validamente assistita non possa acconsentire, nel contratto di matrimonio, la riduzione della sua ipoteca legale, del pari che qualunque altra disposizione (1). Non pertanto la giurisprudenza e la dottrina àn pensato al contrario che eravi una ragione molto precisa, perchè fosse altrimenti (2); e questa ragione trovasi infatti nel testo stesso dell'art. 2140 e nella espressione *parti maggiori* che sulle prime non vi era e che vi fu introdotta in seguito di un emendamento. E'vero che l'emendamento non cadeva precisamente su questo punto e che era principalmente diretto contro la parte del primitivo progetto che permetteva non solo di ridurre l'ipoteca, ma anche di *affrancarne assolutamente gl' immobili del marito* (*ved. supra*, n. 543). Ma da ultimo la parola è stata inserita nell'articolo e non ha potuto esser messa che nello scopo di non accordare se non alla moglie *maggiore* la facoltà di ridurre col suo contratto di matrimonio l'ipoteca generale che le accorda la legge. E'uopo dunque attenersi al testo cui fa mestieri spiegare e non rifare, e dir che qui la legge ha fatto eccezione alla regola degli art. 1309 e 1398, Cod. Nap., ovvero dire con la Corte di cassazione che questi articoli, i quali autorizzano in generale i minori a fare nei contratti di matrimonio col consenso dei loro parenti tutte le convenzioni di cui questi contratti sono suscettibili, non si applicano che alle convenzioni le quali non sono specialmente regolate dalla legge (3).

552. Le altre due condizioni che, come abbiam detto, sono comuni all'ipoteca legale della moglie e a quella del minore o dell'interdetto concernono il consenso e il montare del bene.

Da una banda la riduzione dell'ipoteca legale, ciò si comprende, non può essere il risultato della sola volontà del tutore o del marito. E'uopo, in quanto all' ipoteca legale del minore o dell'interdetto che il consiglio di famiglia *emetta il suo parere* nell'atto di nomina del tutore, e questo parere, il quale equivale al consenso che darebbe il pupillo o l'interdetto, se fosse capace di darlo, opera la riduzione dell'ipoteca. Ed in quanto alla ipoteca legale della moglie, è uopo che costei consenta alla riduzione; ed il suo consenso, se è espresso, formale e preciso, o almeno se non lascia alcun dubbio sulla rinunzia parziale per parte della moglie alla sua ipoteca legale (4) produrrà l'affrancamento degli immobili del marito nella misura che la convenzione avrà fissata.

Da un' altra banda la riduzione non è autorizzata che in quanto il patrimonio immobiliare del marito o del tutore è più che suf-

(1) Ved. Taulier (t. VII p 319) La Corte di Parigi erasi pronunziata sulle prime in questo senso. Ved. arresto del 10 ag. 1819.

(2) Ved. Rig., 19. lug. 1820, Caen, 14 lug. 1836, Lione, 30 magg. 1811, Grenoble 25 agos 1847 (Dev., 20. 1. 356, 37, 2, 220, 44, 2, 419, 48, 2; 301). Ved. pure Persil (art. 2140, n. 3), Grenier (t. 1, n. 269); Tarrible (Rep. del Merlin, v. Iscriz. ip., § 3, n. 18), Dalloz (loc. cit., p. 435, n. 2), Duranton (t. XX, n. 56), Zachariae (t. II, p. 127, nota 21), Troplong (n. 637 bis).

(3) Ved. l'arresto del 19 giug. 1820, citato alla nota precedente.

(4) Ved. Troplong (n. 638).

ficiente a garentire le obbligazioni che debbono nascere dal matrimonio o della tutela, e sol quando gl'immobili ai quali è limitata l'ipoteca presentino una garenzia seria per la moglie,pel minore o per l'interdetto. Se il patrimonio del marito o del tutore non fosse realmente sufficiente o se nol fosse che in una proporzione ben minima, avuto riguardo ai dritti e crediti della moglie, del minore o dell'interdetto, non potrebbe esservi luogo a restringere l'ipoteca; e parimenti se nel caso in cui la restrizione fosse stata consentita o autorizzata, avvenisse che gl'immobili specialmente gravati fossero insignificanti, o anche raggiungessero appena il valore dei dritti e crediti garentiti, la riduzione dovrebbesi considerare come non avvenuta, e la moglie, il minore o l'interdetto sarebbero in grado di revindicare il loro primitivo dritto, o in altri termini, l'esercizio della ipoteca legale nella sua generalità, salvi ben inteso i dritti acquistati dai terzi nello intervallo (3). Ritorneremo su di ciò nell'occuparci del secondo caso nel quale è autorizzata la riduzione, (*ved. infra*, n. 557.)

553. Da ultimo la riduzione, vuoi che abbia avuto luogo per via di *specializzazione*, vuoi che siasi fatta mercè *discarico* (*ved. supra*, n. 545), ha per effetto di affrancare dall'ipoteca legale gl'immobili diversi da quelli indicati nel caso di *specializzazione*, o da quelli eccettuati nel caso di *discarico*. Ciò risulta dall'art. 2140, il quale ci dice che questi immobili *rimarranno liberi e franchi*, e l'art. 2142 ne deduce poi la conseguenza, disponendo che, in questo caso, il marito, il tutore, o il tutor surrogato non saranno tenuti a richiedere inscrizione che sugl'immobili che rimangono gravati.

Ma si noti che la sorte dell'ipoteca legale non dipende in modo alcuno dalla inscrizione. L'ipoteca ristretta non è privata che di una delle sue prerogative, la generalità: essa ritiene tutte le altre ed in ispecie quella di esistere a pro della moglie, del minore o dell'interdetto, indipendentemente da qualunque iscrizione (art. 2131). Epperò il marito, il tutore e il tutor surrogato sono tenuti, nel caso di cui trattasi, di richiedere iscrizione nelle condizioni degli art. 2136 e 2137, che tra breve spiegheremo, e sotto la stessa responsabilità; ma la iscrizione che dovran richiedere avrà per oggetto, non già la fissazione del rango dell'ipoteca legale, ma unicamente ed esclusivamente l'interesse dei terzi.

Ecco perchè, se il marito, il tutore o il tutor surrogato, considerando come puramente facoltativa la disposizione del nostro art. 2142, credessero dover richiedere iscrizione sulla totalità degl'immobili, non è a porre in dubbio che questa iscrizione non sarebbe opponibile ai terzi che sol quando riguarda quegl'immobili,nei quali l'ipoteca legale si fosse ridotta, e pel dippiù l'iscrizione dovrebbesi considerare come se non esistesse.

VIII.—554. L'ipoteca legale può essere ridotta altresì nel durar del matrimonio o della tutela: si è questo il secondo caso di specializzazione preveduto dalla legge, il quale è regolato come abbiam detto dagli art. 2144 e 2145. Il tutore o il marito, il cui patrimonio immobiliare fosse poco considerevole al momento del matrimonio o dell'apertura della tutela, può acquistare nel corso del matrimonio, o della tutela, vuoi per successione, vuoi col suo lavoro e con la sua industria, dei beni che aumenteranno il suo credito immobiliare ben oltre quanto fosse necessario per la totale garenzia della moglie, del minore, o dell'interdetto. Fa d'uopo forse che tutto questo patrimonio vada soggetto all'ipoteca legale, a seconda che è acquistato, e ne rimanga gravato, senza che sia possibile al tutore di farne liberare la menoma parte? Parimenti il tutore legittimo può avere, anche assumendo la tutela, dei beni immobiliari, il cui valore eccede di molto gli obblighi che possono nascere dalla tutela. Fa d'uopo forse che questi beni rimangano gravati in totalità, perchè la natura stessa del suo titolo non ha permesso a questo tutore, come abbiam veduto al n. 549, d'invocare il beneficio dell'art. 2141, quando è entrato in esercizio? Il legislatore non l'ha pensato e quindi ha detto nell'art. 2143, che « quando l'ipoteca legale non fosse stata ristretta nell'atto di nomina del tutore, costui potrebbe, nel caso in cui l'ipoteca generale sui suoi immobili eccedesse notoriamente le sicurezze sufficienti per la sua gestione, domandare che questa ipoteca fosse ristretta agl'immobili bastevoli ad operare una piena garenzia in favore del minore; che questa domanda sarebbe istituita contro il tutor surrogato, e dovrebbe essere preceduta da un avviso di famiglia; » e nell'art. 2144 che « il marito potrebbe simil-

(3) Ved. Parigi, 10 febbr. 1857 (Dall., 57, 2, 118 Dev., 57, 2, 124). La decisione è stata pronunziata su di una riduzione d'ipoteca resa in giudizio nel caso dell'art. 2144 (ved. infra, n. 557). Ma i principii consacrati dall'arresto ricevono la loro applicazione nel nostro caso. — Ved, non pertanto Grenoble, 18 gennaio 1835.

mente, col consenso della moglie e dopo aver preso l'avviso di quattro più prossimi parenti di lei, riuniti in assemblea di famiglia, domandare che l'ipoteca generale su tutti gl'immobili, per causa della dote, delle riprese e convenzioni matrimoniali, fosse ristretta agli immobili bastevoli per la integra conservazione dei dritti della moglie. »

555. Non dobbiamo qui insistere su quanto è permesso o vietato da questi due articoli; essi autorizzano soltanto la riduzione o la restrizione dell'ipoteca legale; e tutto che il testo nol dica espressamente, la restrizione non può andare sino alla rinunzia assoluta all'ipoteca. Le nostre osservazioni su questo punto sarebbero dunque la ripetizione di quelle che abbiam presentate sulla riduzione nel caso degli art. 2140 e 2141; non possiamo che rimandarvi il lettore (*ved. supra*, n. 543 e segg.).

556. In quanto alle condizioni, alle quali può ottenersi la restrizione, avvene una che debb'essere aggiunta nel caso attuale a quelle che sono richieste nel caso precedente. Fa mestieri che l'ipoteca non sia stata già ridotta col contratto di matrimonio, o con l'atto di nomina del tutore; l'ipoteca così ridotta partecipa ormai dell'ipoteca convenzionale, se non per la sua creazione, almeno pel suo obbietto e pel suo effetto; in quanto che è stata in certo modo specializzata; la si può dunque considerare come sottoposta alla disposizione finale dell'art. 2161, giusta la quale l'azione in riduzione o in radiazione delle iscrizioni non si applica alle ipoteche convenzionali.

557. Pel dippiù le condizioni della restrizione domandata nel durar del matrimonio o della tutela sono le stesse che pel caso precedente, tutto che su parecchi punti taluni autori abbiano altrimenti pensato.

Epperò, vuoi che trattisi dell'ipoteca legale del minore o dell'*interdetto* (chè, giusta l'art. 509 Cod. Nap. fa mestieri aggiungere l'interdetto al testo dell'art. 2143, il quale non parla che del minore), vuoi che trattisi dell'ipoteca legale della moglie, fa mestieri che l'ipoteca generale ecceda notoriamente le sicurezze sufficienti per la gestione del marito o del tutore: donde segue che se la sovrabbondanza di garenzia fosse insignificante, la riduzione non potrebbe essere autorizzata (1); e che anche dopo che la riduzione fosse stata autorizzata, vi sarebbe luogo di aggiungere o all'occorrenza di ristabilire l'ipoteca nella sua generalità (*supra*, n. 552), se la garenzia lasciata al minore o alla moglie venisse ad essere riconosciuta insufficiente. Su quest'ultimo punto, nonpertanto si sono elevati taluni dubbii; la circostanza che la riduzione in questo caso è pronunziata *con sentenza* è stata non à guari messa in rilievo dal Tribunale della Senna ed opposta al creditore provveduto di una ipoteca legale ridotta, come costituente una eccezione di cosa giudicata contro qualunque domanda tendente all'estensione dell'ipoteca. Ma la decisione è stata infirmata; la Corte di Parigi ha giustamente considerato che in simile materia le decisioni che intervengono, irrevocabili rispetto ai terzi pei dritti che sono da essi acquistati, non hanno tra marito e moglie che un carattere puramente provvisorio; che è della essenza stessa delle cose che, se il dritto del creditore con ipoteca legale è stato compromesso per ignoranza, per leggerezza, o se sopraggiungono avvenimenti tali da modificare le garenzie a lui riservate, questo creditore possa reclamare il benefizio della legge; che la ragione non permette di ammettere che la disposizione del Codice Napoleone, il quale ha voluto che, quando il pegno è sovrabbondante, si possa liberare dall'ipoteca una parte dei beni del marito o del tutore, debbasi intendere ed applicare in modo da regolare, senza rivenirvi sopra, la sorte della moglie e del minore, checchè avvenga dopo consentita la restrizione (2). L'arresto riserba, per altro i dritti acquistati dai terzi, e debbono in fatti essere riserbati: in questo senso noi consideriamo come esattissima una decisione da cui risulta che se, dopo la riduzione dell'ipoteca legale accordata alla moglie, la garenzia della dote diviene insufficiente in seguito di un ulteriore avvenimento, specialmente la evizione di uno degl'immobili, ai quali l'ipoteca è stata ristretta, la moglie non ha alcun regresso contro i terzi detentori degl'immobili affrancati, anche contro quelli che avessero acquistati anteriormente alla restrizione dell'ipoteca legale (3).

558. Se trattasi dell'ipoteca legale della moglie, è uopo inoltre, perchè si possa domandare la riduzione: 1.° che la moglie sia *maggiore*. Il Persil sostiene nonpertanto che la legge, nell'art. 2144, non si attiene allo stato della moglie come nell'art. 2140; ch'essa la considera sempre come capace di consentire e quindi anche quando la moglie è minore, il

(1) Ved. Req. 20 apr. 1826.
(2) Ved l'arresto del 10 febbr 1857 citato al n.552.
(3) Montpellier, 17 dic. 1851 (Dev., 52, 2, 661).

marito può domandare la riduzione (1). Tale sembra essere anche l'avviso del Troplong, il quale senza spiegarsi precisamente su questo punto, censura la legge per aver richiesta la condizione di maggioretà per la riduzione dell' ipoteca nel contratto di matrimonio (art. 2140), e indi soggiunge che, se evvi un vizio in questa severità rispetto ai minori, vi si può rimediare in parte con l'art. 2144 (2). Noi non consideriamo meno la condizione di maggioretà come egualmente necessaria nel caso di riduzione domandata dal marito durante il matrimonio, e diremo anzi che maggiormente in questo caso che in quello dell'art. 2140, importa che la condizione di maggioretà non sia elusa. Certamente, quando il legislatore per eccezione alla regola degli art. 1309 e 1398 non à voluto, a torto o a ragione, che la moglie minore potesse consentire alla riduzione dell' ipoteca al momento in cui contrae matrimonio, quando è circondata da suoi parenti, di cui riceve i consigli e per giunta è ancora totalmente indipendente verso suo marito, non è più facile di ammettere che questo stesso legislatore abbia inteso che, sin dalla domane del matrimonio, la moglie, tutto che ancora minore, sarebbe pel solo fatto del matrimonio rilevata dalla incapacità di consentirvi e che appunto quando vien consegnata senza difesa alla influenza del marito, più non sarebbe protetta dalla sua stessa minorità, e diverrebbe subito capace di un consenso che la sua stessa età ed inesperienza non le permetterebbero di rifiutare al marito il quale deve sol profittarne. Ben sappiamo che il consenso della moglie non basta da sè solo per operare la riduzione dell' ipoteca, e vedremo tra breve che dopo questo consenso e indipendentemente da esso, è uopo un avviso dei parenti e una sanzione del magistrato. Ma la quistione non è questa. Pria di tutti gli altri, la moglie è per così dire giudice in primo grado della sua azione in questa occorrenza, in cui trattasi per lei di abbandonare una parte più o meno notevole delle sue sicurezze; chè come tra breve vedremo il suo consenso è assolutamente necessario. È uopo dunque che questo consenso sia dato con piena libertà e conoscenza di causa. Or se la moglie minore non è capace, giusta il testo positivo della legge, di accordar questo consenso libero e con riflessione nel caso dell' art. 2140, a più forte ragione non ne è ella capace nel caso dell' art. 2144, poichè vi gode minor libertà verso suo marito; ecco perchè noi pensiamo che quest' ultimo articolo supponga, in quanto concerne la maggioretà, ciò che il primo ha formalmente espresso. Ed ecco anche perchè, se diciamo col Troplong che si può rimediare in parte con l'art. 2144 alla severità dell' art. 2140 rispetto al minore, si è nel senso soltanto che il marito, il quale a causa della minoretà della moglie, non ha potuto ottenere col contratto di matrimonio la riduzione dell'ipoteca legale, potrà ottenerla nel corso del matrimonio, a patto di attendere, per chiederla, che sua moglie abbia raggiunto la maggioretà (3).

559. Fa mestieri 2° che la moglie consenta alla riduzione: come abbiam detto è una condizione necessaria e senza la quale il marito non potrebbe neppure intentare la sua domanda in giudizio. Taluni autori insegnano nonpertanto e molti arresti àn deciso, che i tribunali possono, sulla domanda del marito, arbitrare se siavi eccesso nella ipoteca ed ordinare che sarà ridotta, non ostante il rifiuto della moglie a consentirvi (4). Si è detto in appoggio di questa dottrina che la moglie non è arbitra assoluta della sua ipoteca; che se accordandole come ad ogni altro creditore, avente una ipoteca legale o giudiziaria, la facoltà di esercitare il suo dritto sulla generalità degl' immobili del debitore, la legge ha voluto provvedere agl' interessi del creditore ed impedire che una volta assicurati non cadessero in pericolo, non è stato almeno sua intenzione di paralizzare inutilmente quelli del debitore e di costituirlo in una impossibilità assoluta di contrattare, mercè gli ostacoli risultanti da una ipoteca che abbraccia la totalità dei suoi immobili; che inoltre, accanto alla regola della generalità dell' ipoteca, la legge ha fermato l' eccezione dell' art. 2161 che assoggetta ogni creditore, avente dritto a prendere inscrizione su tutti i beni presenti e futuri del debitore, *a subire l'azione in riduzione* o *in radiazione* di una parte delle iscrizioni, in quel che eccede la conveniente proporzione; che nè l' art. 2144, nè alcun

(1) Ved. Persil (art. 2144, n. 4).
(2) Ved. Troplong (n. 637 bis). — Junge: Dalloz (Rep., v. Ip., p. 433. n. 4, nota 1).
(3) Ved. In questo senso Tarrible (Rep. del Merlin, v. Inscriz., § 3, n. 22), Duranton (t. XX, n. 67), Mourlon (Rip., t. III, p. 488).

(4) Ved. Parigi 16 giug. 1813 e 23 apr. 1825; Nancy, 26 agos. 1825. — Junge: Duranton (t. XX, n. 208), Taulier (t. VII, p. 321), Parmentier (Riv. str. t. II, p. 41), d'Hautuille (Riv. del r. g. Ip., p. 281), Devilleneuve e Carette (Nuova coll. t. VII, 2, 201).

altro testo enuncia che nel caso in cui la moglie ricusasse il suo consenso, il marito non avrebbe alcun dritto ad esercitare l'azione in riduzione; che se tal fosse stato il voto della legge, essa si sarebbe spiegata in modo preciso, non dando luogo ad alcun dubbio, e con tanta maggior ragione essa avrebbe introdotto con ciò una notevole eccezione alla regola generale dell'art. 2161, il quale dà adito all'azione in riduzione.

Dal nostro canto noi contestiamo siffatta teoria, il cui principio stesso è agli occhi nostri quanto àvvi di men accettabile. Essa suppone che la legge ha fermato nello art. 2161 una regola generale nella quale verrebbero ad allogarsi le disposizioni degli art. 2143 e 2144; or questo è un punto di vista essenzialmente erroneo. L'art. 2161 si occupa di tutt'altro ipoteche generali che quelle legali delle mogli, dei minori ed interdetti, le quali in quanto concerne la riduzione o la restrizione, ànno la loro regola speciale negli art. 2140 e 2141 pel caso di riduzione convenuta al momento in cui prenderà origine l'ipoteca e negli art. 2143 e 2144 pel caso di riduzione nel corso della tutela o del matrimonio. In questo senso il Tribunale della Senna ha detto con perfetta esattezza, in una sentenza di cui la Corte di Parigi ha adottato i motivi, che l'art. 2161 non dispone se non pel caso in cui trattasi pel debitore di ottenere dai suoi creditori una riduzione dell'ipoteca *puramente giudiziaria* (1).

Ciò è evidentissimo, poichè il caso e le forme della riduzione essendo regolati dagli art. 2140 e seguenti, in quanto concerne l'ipoteca legale, più non era mestieri occuparsene nell'art. 2161. Non occorre dunque dire, come troppo spesso si è detto, anche da coloro che nella quistione attuale sostengono la opinione che noi qui combattiamo, che questo ultimo articolo ferma la regola generale sulla quistione di riduzione delle ipoteche. Questo articolo è anch'esso speciale come il 2144; ciascuno dei due articoli ha il suo obbietto preciso e limitato: entrambi contengono regole diverse per due casi perfettamente distinti; e per conseguenza non è permesso di riportarsene all'art. 2161 per risolvere una difficoltà suscitata ad occasione dell'art. 2144, come non sarebbe permesso per l'opposto d'invocare quest'ultimo per risolvere una quistione sorta da quello.

Fa dunque mestieri tener in vista l'art. 2144 per la soluzione della quistione proposta e non cercar più oltre. Or questo articolo dice espressamente che la riduzione della ipoteca legale potrà domandarsi dal marito *col consenso della moglie*. Su di ciò non v'è equivoco: è evidente dal testo che il consenso della moglie è una delle condizioni necessarie di una domanda che non potrà istituirsi, ovvero che in tutti i casi non potrà senza di ciò riuscire. Così dispone la legge ed in verità essa non poteva disporre altrimenti. Qual è in fin dei conti il dritto della moglie, il suo dritto tal quale è consacrato dalla legge? Sta in quella ipoteca che la legge le ha accordata, e di cui una delle prerogative è la generalità. Ch'ella possa rinunziare a questa prerogativa secondo le forme dalla legge stabilite, ch'ella possa ricondurre alle condizioni della specialità una ipoteca generale per sua natura, ciò si comprende; poichè per dritto comune ognuno può rinunziare ad un dritto introdotto in suo favore; ma ciò che non è possibile di ammettere, perchè contrario alla ragione stessa delle cose, si è che questa prerogativa dalla legge accordata alla moglie possa esserle tolta suo malgrado, e contro la volontà ben positiva ed espressa di conservarla. In altri termini, la specializzazione dell'ipoteca legale della moglie, in tutti i casi in cui è autorizzata, procede necessariamente dalla convenzione; or più non vi sarebbe convenzione, dacchè la specializzazione fosse imposta ad una delle parti ed appunto a quella in favor della quale è stata stabilita la generalità dell'ipoteca. Ben è dunque mestieri ammettere che la moglie debba consentire e che, nel manco di un libero consenso dal canto suo, la riduzione della sua ipoteca legale non può nè ottenersi, nè domandarsi (2).

560. Ad onta di queste condizioni, la cui attuazione è essa stessa una protezione, le domande in riduzione d'ipoteca dei tutori e dei mariti, avrebbero potuto essere una fonte di abusi, se il legislatore non le avesse circondate da quelle cautele di cui ci rimane ora a parlare.

561. I tutori o i mariti che, non essendo stati nel caso di ottenere la riduzione della ipoteca legale al momento in cui essa pren-

(1) Parigi 31 maggio 1851 (Dev., 51. 2, 357).

(2) Conf. Rouen, 3 febbr. 1834, 27 apr. 1844 e 11 marzo 1846, Parigi 1 apr. 1848 e 31 magg. 1851 (Dev., 31, 2, 584. 44, 2. 315. 46, 2, 505. 48, 2, 224. 51, 2, 357). — Ved. pure Rig., 9 dic. 1821. — Junge Tarrible (loc. cit.), Grenier (t. I, n. 270), Persil (art. 2144, n. 2). Dalloz (v. Ip., p. 436, n. 20), Zachariae (t. II, p. 188, nota 16), Cubain (Dr. delle donne, n. 551), Troplong (n. 611).

deva origine, vogliono nel corso della tutela o del matrimonio domandare tale riduzione, debbono preventivamente ottenere un avviso della famiglia del minore o dell'interdetto, o dei parenti della moglie riuniti in assemblea di famiglia. Da una banda in fatti l'art 2143 dice che la domanda *dovrà essere preceduta da un avviso di famiglia*, e dall'altra l'art. 2144 esprime che il marito non potrà domandare la riduzione che *dopo aver preso il parere di quattro più prossimi parenti della moglie riuniti in assemblea di famiglia*.

Come si vede, la legge nulla precisa sulla formazione del consiglio di famiglia, il quale deve emettere il suo avviso allorquando la domanda è istituita *dal tutore*; e quindi il consiglio sarà riunito e formato in conformità delle disposizioni degli art. 407 e segg. Cod. Nap. Ma quando la riduzione è domandata dal marito, più non è lo stesso: la legge precisa nettamente che l'avviso debba emanare *dai quattro più* prossimi parenti della moglie riuniti in assemblea di famiglia. Di qui una quistione; quella di sapere se, quando i parenti più prossimi non trovinsi in numero sufficiente sopra luogo, sia permesso, per applicazione dell'art. 409, Cod. Nap., di chiamare i parenti di un grado più lontano, gli affini, o anche gli amici. La Corte di Grenoble si è pronunziata per l'affermativa, decidendo che i parenti di che parla l'art. 2145 debbono intendersi i più prossimi parenti domiciliati ad una distanza tale che la deliberazione del consiglio di famiglia possa facilmente aver luogo, e non in modo assoluto, dei quattro parenti più prossimi (1). Nonpertanto fa mestieri dire che la decisione è contraria non solo alla lettera della legge, lo che risulta dalla semplice lettura del testo, ma anche allo spirito nel quale la legge è stata redatta, il che si dimostra dalla discussione da cui è stata preceduta (2). In Consiglio di Stato si ponevano innanzi le considerazioni presentate dall'arresto della Corte di Grenoble. Il Berenger in ispecie domandava « che la legge si limitasse a dire che si prenderebbe l'avviso dell'assemblea di famiglia, senza esigere che questa assemblea fosse composta di parenti più prossimi, perchè essi potevano essere attualmente lontani ». Il Berlier diceva nello stesso senso « che la legge non doveva mica voler l'impossibile, e che era qui mestieri, come al titolo delle *tutele*, intendere per *parenti più prossimi* i più prossimi fra quelli che si troverebbero in un dato circuito. » Ma il console Cambacerès oppose « ch'egli temerebbe, se si ammettesse questo emendamento, che la disposizione dell'articolo *non degenerasse in pura formalità; chè allora comporrebbesi l'assemblea di persone indifferenti e alle quali poco o nulla sarebbero a cuore gl'interessi delle parti.* » E su queste osservazioni l'art. 2144 fu adottato nei termini in cui lo troviamo nel Codice. Da ciò non risulta forse che il pensiero dei redattori del Codice è stato di allontanarsi qui dalle disposizioni degli art. 407 e seguenti e di fermare una regola tutta speciale al caso particolare che avevano in mira? Non è forse vero per altro che questa derogazione è perfettamente giustificata non solo dalla idea espressa dal Cambacérès, che il parere chiesto alla famiglia sarebbe senza valore dal momento in cui potesse emanare da persone del tutto indifferenti agl'interessi delle parti, ma ancora dalla circostanza che la situazione regolata in tesi generale dagli art. 407 e segg. Cod. Nap. si distingue da quella che prevede il nostro articolo, in quanto che non avvi serio inconveniente in quest'ultima a che la domanda istituita dal marito soffra quei ritardi che potrebbe trar seco la necessità di riunire parenti attualmente lontani? Noi crediamo adunque che la soluzione consacrata dalla Corte di Grenoble non debba essere accettata in massima (3) e che tutte al più vi sarebbe luogo ad ammetterla nel caso in cui vi fosse, a causa delle distanze o per altri motivi, troppo gran difficoltà a riunire i quattro parenti più prossimi. In questo caso si agirà prudentemente menzionando le cause che non àn permesso di formare il consiglio dei parenti i più prossimi: così ne sarebbe agevolmente verificata l'esattezza, qualora venissero poscia ad essere messe in contestazione.

562. Una volta ottenuto il previo avviso, favorevole o contrario alla riduzione, i tutori o i mariti potranno istituire la loro domanda in giudizio; essa sarà portata innanzi al tribunale competente, vale a dire a parer nostro, innanzi il tribunale del domicilio del tutore o del marito e non già innanzi a quello della situazione dei beni (4).

563. Sarà presentata nella forma contenziosa dal marito contro il procuratore imperiale, che è il suo solo contradditore, poichè la moglie procede di accordo con lui, essendo

(1) Grenoble. 18 genn. 1833 (Dev., 33, 2, 437).— Junge; Zachariae (t. II, p. 188, nota 17).

(2) Ved. Fenet (t. XV, p. 378), Locré (t. XVI, p. 275).

(3) Ved. in questo senso, Troplong (n. 641).

(4) Ved. in questo senso, Persil (art. 2145, n. 2).

necessario il consenso di costui (ved. *supra*, n.559), e dal tutore contro il tutor surrogato e il procuratore imperiale: la domanda non potrebbe essere utilmente presentata in altra forma. La giurisprudenza ha deciso nel senso che la sentenza la quale pronunzia la riduzione o la restrizione dell'ipoteca legale di un minore su'beni del suo tutore è nulla se è stata pronunziata nella forma non contenziosa, su semplice richiesta,fuori la presenza del tutor surrogato e senza che ci sia stato chiamato, anche quando all'epoca della deliberazione del consiglio di famiglia che ha preceduto la sentenza, il tutor surrogato sia stato di avviso per la riduzione o restrizione (1).

564. La sentenza è pronunziata su discussione contraddittoria dopo avere inteso il procuratore imperiale ed in contraddizione di lui (art. 2145). Si è preteso talvolta che il tribunale non dovrebbe che seguire l'avviso preventivamente emesso dalla famiglia nei termini di sopra indicati ed anzi che le parti non si dovrebbero presentare innanzi ad esso non quando l'avviso emesso fosse stato favorevole alla riduzione (2). Nulla è meno esatto di ciò. Favorevole o contrario, l'avviso può essere sottoposto al tribunale, come abbiam già detto. Aggiungiamo ora che qualunque sia questo avviso, il tribunale non è mica astretto a seguirlo, chè qui non trattasi di una sentenza di omologazione, come nel caso degli art. 458 e 467, Cod. Nap. Il tribunale ha un dritto sovrano di valutazione cui nulla incatena, nè l'avviso dei parenti, e neppure il consenso della moglie. Può dunque ricusare la riduzione al tutore o al marito che à ottenuto dalla famiglia un favorevole avviso, come può accordarla a colui al quale i parenti l'àn negata. A dir breve la sua azione è libera e sovrana, salvo l'appello di cui la sentenza può essere l'obbietto.

565. Del resto questo mezzo dell'appello è aperto a tutte le parti contestanti e quindi al ministero pubblico, poichè è parte principale. La Corte di Grenoble erasi dapprima pronunziata in senso contrario; ma essa stessa ha riformata la sua giurisprudenza e si è buttata nella giurisprudenza contraria della Corte di Cassazione (3).

566. Nel caso in cui il tribunale pronunzia la riduzione dell'ipoteca a taluni immobili, le iscrizioni prese su tutti gli altri debbono essere radiate. Tale è la disposizione formale dell'art. 2145 che in ciò riproduce la regola risultante dagli art. 2140 e seguenti relativi al caso della riduzione convenuta o autorizzata al momento in cui l'ipoteca legale va a prendere origine. Abbiamo a tal riguardo presentato delle osservazioni alle quali non possiamo che rapportarci (*ved. supra*, n. 553).

SEZIONE II.

Delle ipoteche giudiziarie.

567. Questa sezione, la quale continua la serie delle disposizioni speciali alle diverse specie di ipoteche (ved. *supra*, n. 319), è consacrata alla ipoteca *giudiziaria*, classificata e definita la seconda dagli art. 2116 e 2117, Cod. Nap. Qui ancora troveremo difficoltà le quali, se non presentano tutta la gravità di quelle che suscita l'ipoteca legale, ànno nonpertanto il loro lato ben serio. Ma pria di darvi principio, ci soffermeremo al principio stesso dell'ipoteca giudiziaria e valuteremo le censure di cui è stata l'obbietto al pari e forse più ancora dell'ipoteca legale.

568. La ipoteca giudiziaria era ignota ai Romani, di cui il *pignus praetorium* e il *pignus judiciale*, checchè ne abbia detto il Grenier (4), nulla avevano di comune con essa, e piuttosto si avvicinavano, come ha giustamente fatto notare il Troplong (5) al pegnoramento immobiliare o all'espropria. Essa è una creazione del dritto francese, il quale l'ha istituita per un *a fortiori* in certo modo necessario, in vista di quel punto di dottrina dominante nel nostro antico dritto che una ipoteca generale gravante tutti i beni presenti e futuri del debitore nasceva di pieno dritto dalla sola obbligazione assunta da costui innanzi un notaio. Essendo ammesso che l'intervento di un notaio, imprimendo all'atto il carattere di autenticità, bastava a produrre l'ipoteca, come dunque avrebbe potuto stare che l'intervento del magistrato non la producesse ugualmente? Epperò fu dichiarato, da pria nell'anno 1539 con l'ordinanza di Villera-Cottereta, che le ricognizioni di debiti avvenute in giudizio conferirebbero una ipoteca generale; ed indi nal 1566 con l'ordinanza di Moulins che « dallo istante della condanna

(1) Ved. Bourges, 1 febbr. 1831; Cass., 5 giugno 1834. — Junge. Troplong (n. 658 e 344). — Ved. non pertanto Rodière (Riv. di leg., t. 1, p. 118).

(2) Ved. Tarrible (luc. cit., n. 23).

(3) Grenoble. 7 apr. 1819, Dev., 50. 2, 398. Cass., 3 dic. 1844 (Dev, 45, 1, 14), — Ved. non pertanto Grenoble, 18 genn. 1833. — Junge, Rouen, 16 agos. e 8 dic. 1843.

(4) Ved. Grenier (Ipot, n. 192).

(5) Ved. Troplong (n. 435 bis). — Junge, Martou (t. II, n. 698).

pronunziata in ultima istanza e dal giorno della pronunziazione la parte acquisterebbe dritto di ipoteca sui beni del condannato per effetto ed in esecuzione della sentenza e decisione da lui ottenute.» Questa ipoteca è stata in seguito mantenuta dalla legge del 9 messidoro anno 3° che le à conservato il suo carattere e la sua fisonomia (1); è stata ripresa nello stesso spirito dalla legge del dì 11 brumaio anno 7 (2), la quale soltanto l'à ricondotta alle condizioni della specialità; da ultimo è passata nel nostro Codice sotto la denominazione di ipoteca *giudiziaria* (art. 2116, 2117, 2123).

569. Questo perseveramento della legge non ha salvato non pertanto l'ipoteca giudiziaria da molte censure le quali in questi ultimi tempi è divenuto in certa guisa di moda il dirigerle. Si è detto contro di essa che creata in vista di uno stato di cose nel quale la sola autenticità degli atti traeva seco di pieno dritto l'ipoteca, essa è ormai un'anomalia in un sistema di legislazione, il quale ferma in massima che più non basta un atto autentico per costituire l'ipoteca e che non vi è costituzione che quando la ipoteca è espressamente convenuta tra il creditore e il debitore. Si è detto in secondo luogo che la ipoteca non si giustifica in teoria, in quanto che l'uffizio del giudice consiste per sua natura a dichiarare i dritti delle parti, e non mica a crear nuovi dritti, specialmente dritti suscettibili di ricadere sui terzi. Si è detto da ultimo che la ipoteca giudiziaria è ingiusta nel suo principio e funesta nelle sue conseguenze, in quanto che è in certo modo il prezzo della corsa, e i creditori più crudeli, o quelli che avendo rapporti più intimi col debitore sono a portata di conoscere tutte le circostanze che possono influire sulla sua solvibilità, che si assicurano questa preferenza in detrimento di altri creditori ai quali lodevoli motivi impediscono di agire con rigore: funesta, in pria al punto di vista generale, in quanto che la ipoteca giudiziaria ferisce una massa considerevole di beni che deprezia e colpisce di discredito; indi sotto il punto di vista particolare, in quanto che una prima iscrizione presa contro il debitore diviene spesso il segnale di molestie per parte di tutti i suoi creditori, le quali, fatte in tempo inopportuno, traggono seco la sua personale ruina.

In quanto a noi il confessiamo abbiam considerato il regime ipotecario, dopo maturo studio ed esame, in un pensiero ben pronunziato di conservazione e senza disconoscere che vi si potrebbero introdurre taluni parziali immegliamenti, pensiamo che, preso nel suo insieme, esso ha molta ragione contro i suoi detrattori, e non possiamo ristarci dal trovare in questi rimproveri le esagerazioni da cui son di rado esenti le idee sistematiche e preconcette. Senza dubbio àvvi nelle disposizioni della legge sulla ipoteca giudiziaria dei punti di dettaglio che possono essere censurati; avremo occasione di farli notare nel seguente comentario (ved. in ispecie *infra*, n. 588 e seg.). Ma in sè stessa ed in massima la ipoteca giudiziaria, questa creazione del nostro antico dritto, non debb'esser meno mantenuta nella nostra attuale legislazione.

Essa è una anomalia, si dice! E in che dunque? Senza dubbio, la ipoteca risultante da sentenze ha seguito nel nostro antico dritto la ipoteca risultante da atti notarili, ed è vero che le antiche ordinanze e dopo di esso la legge del dì 11 brumaio, anno VII (3) vedendo che gli atti dei notari producevano ipoteca, non àn voluto ammettere che le sentenze non avessero lo stesso effetto. Ma perchè la ipoteca giudiziaria non è venuta che dopo l' ipoteca risultante dagli atti notarili, è uopo conchiuderne che essa non ha potuto sopravviverle e sussistere senza di essa? La legge in diffinitiva ha pensato che la parola del giudice debbe aver maggiore autorità di quella dello ufiziale pubblico, e che bisognava accordar più alle decisioni giudiziarie che alle costatazioni notarili; e partendo dall' idea che non potrebbesi prestar troppa assistenza alla cosa giudicata, ha accordato alle sentenze una sanzione cui ha negata agli atti dei notari. Che cosa dunque evvi di sì anormale? e che mai vi si vede che possa ferir la ragione?

L' ipoteca giudiziaria non si spiega in teoria! Come dunque? Il dritto del creditore, il quale ottiene sentenza contro il suo debitore, non è nella ipoteca risultante da questa sentenza, la quale altro non può

(1) « *Risulta*, in favore del creditore, ipoteca sui beni presenti e futuri del suo debitore contro il quale è intervenuto *vuoi una sentenza di riconoscimento di scrittura privata o di condanna, vuoi una sentenza arbitrale, resa esecutoria.* ». L. del 9 messid. anno 3, art. 3.

(2) «L'ipoteca esiste... per un credito consentito *con atto notarile*, per quello risultante da *una condanna giudiziaria*.., » (L. del dì 11 brumaio, anno 7., art 3).

(3) Il Peugeard dice che la pretesa anomalia esiste nella legge di brumaio del pari che nel Codice Nap. (ved. p. 29 delle spiegazioni sul suo progetto). È uno sbaglio, ammettendo che fosse fondato il rimprovero, non potrebbesi almeno dirigere alla legge di brumaio la quale come si è veduto nella nota precedente ammetteva l' ipoteca per un credito consentito *con atto notarile*.

essere che un' obbligazione accessoria (ved. *supra*, n. 324); esso è sempre e continua a risedere nel contratto originario; di cui il tribunale ha riconosciuto la esistenza e la validità. Gli è dunque del tutto inesatto il pretendere, perchè la legge ha voluto che l'ipoteca risultasse dalla sentenza, che il giudice è uscito dal suo ufficio quando à creato un novello dritto: la verità è che il giudice ha sanzionato un dritto preesistente,cui egli ha reso soltanto più stretto e più strettamente obbligatorio; ed appunto perchè l'obbligazione è ormai più stretta, il legislatore vi aggiunge una sanzione o una sicurezza che prima non aveva. Ciò non si spiega forse di per sè stesso? E non è forse naturale, come dice il Troplong, (1) che quando una decisione giudiziaria è venuta a fortificare il contratto o l'obbligazione originaria, il credito trovasi investito di una ipoteca che sin allora non aveva ?..

L' ipoteca giudiziaria è ingiusta nel suo principio ! Perchè dunque e chi avrebbe il dritto di dolersi? Non il debitore; chè direm noi con la Corte di Colmar nelle sue osservazioni sui progetti di riforma preparati nel 1811, il debitore il quale non paga alla scadenza non può dolersi che si ponga in pratica la regola che qualunque obbligazione grava la totalità dei beni. Non il creditore già iscritto, che egli ha la priorità. I futuri creditori forse? Essi non potrebbero avere dritti, perchè non esistono. I chirografarii? Essi non àn preso ipoteca; e quindi ànno volontariamente corso tutte le eventualità ipotecarie e del rimanente possono a loro volta usare della stessa facoltà (2). Ove dunque è la ingiustizia?

L' ipoteca giudiziaria è funesta nelle sue conseguenze, in quanto che rovina il debitore, facendolo segno alle molestie dei suoi creditori ! Altri àn detto, forse con maggior ragione che essa è salutare al debitore stesso, in quanto che il creditore, il quale ottiene la sicurezza dell' ipoteca pensa meno ad impiegare il rimedio estremo della espropriazione forzata o di altri mezzi di esecuzione (3). Checchè ne sia, se è giusto di prendere in considerazione l' interesse del debitore, evvi un altro interesse che è preferibile ancora, quello del creditore. Or l'ipoteca protegge questo interesse contro molte possibili frodi, ed in ispecie accorda al creditore il mezzo di assicurarsi un pegno cui il debitore, prevedendo la condanna, vorrebbe forse sottrargli alienandolo. Se non avesse che questo solo vantaggio, dovrebbe trionfare dalla censura di cui è stata qui l'obbietto.

Da ultimo l' ipoteca giudiziaria è funesta sotto un altro punto di vista, in quanto che ostacola la proprietà fondiaria con una massa considerevole di iscrizioni ! Ma si é ben veduto fin dove giunge l'obbiezione? L'ipoteca legale e la convenzionale sono altresì degli ostacoli per la proprietà fondiaria, e se ne domanda forse la soppressione ? Se ad esempio della Corte di Lione nello sue osservazioni sul progetto del Codice (4) si dicesse che « l' ipoteca *in generale* è forse nel novero di quelle istituzioni essenzialmente viziose che è impossibile di migliorare e che fa d'uopo estirpare del tutto senza cercare di regolarizzarle » noi comprenderemmo l' obbiezione. Sarebbe un ritorno a quel dritto primitivo e per conseguenza a quell'ordine naturale al quale la stessa Corte faceva appello e che notava come il più atto a conservare i patrimonii, ad imprimere all' agricoltura ed al commercio un'attività conveniente, a dare una più completa sicurezza a tutti i creditori che farebbe concorrere indistintamente sul prezzo degl'immobili come su quello del mobiliare del loro debitore: e l'ipoteca giudiziaria cadrebbe lì come parte di un regime abbandonato pel tutto. Ma il mantenere questo regime e domandarne la mutilazione, perchè l'ipoteca che vorrebbesene distaccare grava la proprietà e vi imprime un dritto di preferenza, si è cadere in una contraddizione, la cui evidenza è palpabile, poichè è proprio appunto di questo regime di gravar la proprietà e di imprimervi questo dritto di preferenza.

570. Epperò non v' è neppure una sola delle obbiezioni suscitate contro l'ipoteca giudiziaria, la quale non possa essere confutata. Arrogi che l'esperienza forniace altresì i suoi insegnamenti dai quali possiamo a buon dritto trarre autorità.

Le censure da noi testé disaminate, incessantemente riprodotte ed in tutte le circostanze in cui si è trattato della riforma del regime ipotecario, ànno esercitato sulle deliberazioni una influenza più o meno decisiva. Mettiamo da banda l' inchiesta amministrativa del 1841, nella quale si vede che di sei corti e di sette facoltà di dritto le quali si sono occupate della quistione, nep-

(1) Ved. Troplong (n. 425 bis).
(2) Ved. Doc. Ip. (t. III, p. 267).
(3) Ved. Valette (p. 251). — Junge : Osservazioni della Facoltà di Rennes (Doc. Ip., t. III, p. 263)
(4) Ved. Fenet (t. IV, p. 215).

pure una ha domandato la soppressione dell' ipoteca giudiziaria, e la maggior parte limitavansi a domandare che fosse modificata nel suo carattere o ristretta nei suoi effetti (1), e veniamo alle più recenti discussioni.

Queste discussioni si son prodotte presso che nel tempo stesso e in Francia e nel Belgio; in Francia in cui i progetti di riforma sono stati ripresi dal 1849 al 1851 senza aver potuto essere menati a fine; nel Belgio in cui la riforma ha finito per venirne a capo e si è riassunta nella legge del 16 dicembre 1851. La discussione la quale in entrambi i paesi aveva un comune punto di partenza, la soppressione dell'ipoteca giudiziaria, ha seguito non pertanto una via ben diversa in entrambi.

Nel Belgio la commissione legislativa non aveva creduto poter giungere di un salto ad una soppressione pura e semplice. In conseguenza aveva sostituito all' ipoteca giudiziaria la regola delle *opposizioni*. In questo sistema, qualunque creditore latore o di una sentenza, o di un atto notarile in forma esecutiva, per eredito esigibile, avrebbe potuto formare opposizione all'uffizio delle ipoteche, su di uno o più immobili del debitore; questa opposizione la quale sarebbesi fatta mercè una iscrizione sulla presentazione del titolo esecutivo accompagnato da un borderò contenente la designazione del creditore, quella del debitore, ed una elezione di domicilio pel creditore nell'ambito dell'uffizio, avrebbe avuto per effetto di togliere al debitore la facoltà, vuoi di alienare, vuoi di ipotecare l' immobile in pregiudizio dei creditori; e costoro, finchè l' opponente non avesse accordato radiazione della sua inscrizione, sarebbero stati tutti chiamati in caso di espropriazione dell' immobile, la quale doveva eseguirsi nell'anno dalla inscrizione, a dividere il prezzo dell' aggiudicazione per contributo, salvo l' esercizio dei privilegi e delle ipoteche anteriormente iscritti (2). Ma anche ciò sembrò una esagerazione al potere legislativo, il quale in questo punto respinse il progetto della commissione; nè è rimasta nella legge del 16 dicembre 1851, la quale oggidì costituisce il regime ipotecario del Belgio, traccia alcuna dell' ipoteca giudiziaria.

In Francia fu seguito l' opposto cammino. Combattuta dai suoi avversarii che le dirigevano le note censure (3), l' ipoteca giudiziaria non aveva neppure trovato a rifugiarsi nel sistema della legge del dì 11 brumaio anno 7° che ne formava una ipoteca speciale; essa era stata sulle prime soppressa puramente e semplicemente. In seguito di animatissimi reclami sorti dal seno dei tribunali e delle camere di commercio e su notevolissime osservazioni della camera degli avvocati di Parigi, i riformatori cangiarono opinione, e nell' intervallo dalla prima alla seconda deliberazione, prepararono un articolo il quale organizzava quel sistema delle opposizioni che il Belgio non aveva voluto. Sottoposto all'esame dell'Assemblea quel sistema vi fu adottato dopo animatissima discussione (4); ed era stato corretto per quanto poteva esserlo negli art. 2161, 2162, 2163 del progetto preparato per una terza deliberazione alla quale gli avvenimenti politici non ànno lasciato ancora tempo.

Ma a che ne sono le idee oggidì nei due paesi? Nel Belgio in cui la soppressione assoluta dell'ipoteca giudiziaria ha trovato a stento qualche resistenza, vi ha dei riformatori, i quali rimpiangono il loro trionfo. « Fra coloro che l' àn votata, dice il Martou, ve ne è, a suo credere, di quelli che dopo posta in vigore la legge, *ànno dubbii sul merito di questa riforma e che si spingono quasi sino a dolersene* (5). » Ed in Francia è permesso di pensare che l' ipoteca giudiziaria la quale, nell'intervallo dalla prima alla seconda deliberazione aveva guadagnato molto terreno per rinascere in certo modo sotto una novella denominazione, avrebbe fatto un altro passo; chè, ad onta della introduzione del sistema delle *opposizioni*, si domandava ancora e ben seriamente, nell' intervallo dalla seconda alla terza deliberazione, se l' invenzione fosse felice. « Io, aggiunge il Troplong, io debbo dire che erasi formato nell' Assemblea un numeroso partito il quale, colpito dagl' inconvenienti della soppressione, *si proponeva par risolvere questa quistione di respingere il progetto* (6).»

Una simile reazione non deve mica recare sorpresa: noi restiamo convinti che chiunque ben si penetrerà dell' autorità che, nell'interesse della società, deve rannodarsi alla

(1) Ved. Doc. ip. (t. I. Introd., p. ccvii e seg., e t. II, p: 261 e seg.).

(2) Ved. il Martou. uno dei più risoluti partigiani della soppressione dell' ipoteca giudiziaria, si pronunzia apertamente in favore di questo sistema delle opposizioni, e si duole che sia stato respinto (*ved.* n. 700).

(3) Ved. il rapporto del Persil in nome della commissione istituita il 5 giug 1849 p.109 e segg), quello del Bethmont in nome del consiglio di Stato (p. 53 e segg.) e quello del Vatimesnil in nome della commissione dell'Assemblea nazionale (p. 21 e segg.).

(4) Ved. il Monitore del 1850 (p, 3013-3025) e del 1851 (p. 537).

(5) Ved. Martou (n. 698.)

(6) Ved. Troplong (5° ediz., all' ult. nota del n. 433 bis, in fine).

cosa giudicata, riaonoscarà la necessità di mantenere quella sanzione dell' ipoteca giudiziaria di cui dobbiamo ora incominciare i dettagli.

2123 [2009]. — L' ipoteca giudiziale deriva da sentenze profferite sia in contraddizion delle parti, sia in contumacia, diffinitive o provvisorie, a favore di chi le ha otteoote. Deriva parimente dalle ricognizioni o verificazioni, fatte in giudizio, delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo atteso con iscrittura privata.

Può esercitarsi sopra gl' immobili attuali del debitore e sopra quelli che potesse acquistare; salve le modificazioni cho saranno appresso determinate.

Le seotenze degli arbitri non producono ipoteca se non quando sieno munite da on decreto del giudice, che ne ordina esecuzione.

Noo può parimente derivar l'ipoteca dalle seotenze pronunziate in paese straniero, se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione da uo tribunale francese, senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possano essere oelle leggi politiche o nei trattati(a).

2161 [2047] — Ogoi qoalvolta le inscrizioni ottenute da uo creditore il quale, secoodo la legge, abbia il dritto di farle eseguire sui beni presenti o futuri dei soo debitore, senza che alcuo patto abbia limitato tal diritto, si estendano sopra fondi diversi oltre ciò che bisogna per la cautela del crediti, avrà il debitore l'azione per ottenere la riduzione delle inscrizioni, o perchè vengaoo cancellate in qoella parte che eccede la convenieole proporzione. In tal caso si devono osservar le regole di competenza stabilito dall'articolo 2159.

La disposizione del presente articolo noo è applicabile alle ipoteche coovenzionali(b).

2162 [2048] — Si considerano come eccessive le inscrizioni che cadono sopra più fondi, quando il valore di un solo o di alcooi di essi eccede più di un terzo in beni liberi la somma dei crediti in capitali ed in legittimi accessorii (c).

2163 (2051) — Il valore degl'immobili, che deve paragonarsi coo qoello dei crediti accresciuti di un terzo, si determina col moltiplicar quindici volte, se gl' immobili oon sooo soggetti a perire, e dieci volte se vi sono soggetti, il valor della rendita risultante dalla matrice dei ruoli della contribuzione fondiaria, o dalla qoota di cootribuzione sul ruolo, secondo la proporzione che esiste nelle comuni, ove son sitoati i beni, fra la matrice o quota, o la rendita. Nondimeno potranno i giudici prevalersi aocora degli schiarimenti che possono desumersi dai contratti di affitto non sospetti, da'processi verbali di stima che si fossero precedentemente stesi in epoche recenti, e da altri atti simili, e valutar la rendita colla media proprorzionale sui risultati di queste diverse ootizie (d).

SOMMARIO

I. Sguardo generale — Perchè riuniamo qui gli art. 2123, 2161, 2162 e 2163 — Divisione.
II. Fonti dell' ipoteca giudiziaria — Sentenze rese in paese straniero: — Sentenze arbitrali — atti giudiziarii.
III. L' ipoteca giudiziaria si accorda con l'ipoteca legale, in quanto che è generale in massima — Conseguenze ed applicazioni.
IV. L'ipoteca giudiziaria differisce al contrario dalla ipoteca legale, in quanto che è soggetta alla iscrizione, ma una volta presa la iscrizione essa si estende ai beni futuri, a seconda degli acquisti. — In quale momento può prendersi — Delle formalità di essa. Rinvio agli art. 2146 e segg.
V. Ma la iscrizione della ipoteca giudiziaria può essere ridotta o specializzata — In quali casi, sotto quali condizioni, giusta quali regole e su quali basi.

I. — 571. L' ipoteca giudiziaria al pari della ipoteca legale si stabilisce senza qualsiasi manifestazione della volontà delle parti,

(a) All' art 2133 C. fr. risponde il 2009, nel quale si sono apportate a quello due notevoli modificazioni. Si è aggiunto al primo § il seguente: « Quando però la sentenza di ricognizione sarà pronunziata prima della scadenza del debito, non potrà essersi presa veruna iscrizione ipotecaria se non in mancanza di pagamento del debito dopo la scadenza o esigibilità del medesimo; purchè non vi sia stipulazione in contrario. » Con questa disposizione attinta dalla legge francese del 3 settembre 1807, si è risoluta la quistione che prima agitavasi, se una sentenza di ricognizione potesse iscriversi prima della scadenza del debito.

L'altra innovazione è nell' ultimo comma, ove il nostro legislatore à tolta via la soggiunta: *senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possano esser determinate dalle leggi politiche o da' trattati*. Ma le ragioni di questa riforma saranno per noi sviluppate sotto gli articoli 2128-2014; ne'quali se ne osserva un'altra che emana da' medesimi principii. *Il Trad.*

(b c d) Niuna divergenza è fra questi art.

per l'autorità della legge, la quale per quanto è possibile vuole assicurare la esecuzione delle decisioni giudiziarie. In questo senso essa procede dalla legge, non al certo come l'ipoteca legale, la quale ha la sua causa nella legge stessa da cui procede direttamente, ma perchè esiste indipendentemente dalla convenzione ed il legislatore la consacra come risultante, secondo le espressioni dello art. 2117, dalle sentenze o dagli atti giudiziarii (*ved. supra*, n. 322 e 323).

Epperò per la sua origine e per la sua causa l'ipoteca giudiziaria senza confondersi appunto con l'ipoteca legale, non pertanto vi si avvicina molto: di qui deriva che al punto di vista delle prerogative accordate ad entrambe, esistono tra loro ad un tempo e rapporti e differenze.

572. Giusta l'art. 2117, l'ipoteca giudiziaria è quella che risulta da sentenze o da atti giudiziarii. Ma tutte le sentenze, tutti gli atti giudiziarii sono forse suscettibili di conferire ipoteca? Il legislatore non l'à pensato; e si vede che stabilisce delle distinzioni tra le sentenze dei tribunali francesi e quelle dei tribunali stranieri, tra le sentenze propriamente dette e le arbitrali; le une traendo seco stesse l'ipoteca, le altre contenendone soltanto il germe, il quale non può essere vivificato che sol quando sono dichiarate esecutive o rivestite della ordinanza giudiziaria di esecuzione.

Non pertanto in niun caso l'ipoteca giudiziaria esiste o può opporsi ai terzi che sol quando si è manifestata mercè l'iscrizione: in ciò essa differisce dalla ipoteca legale, da quella almeno che è attribuita alle donne maritate ed ai minori o interdetti. Il creditore il quale ottiene dal magistrato l'atto o la sentenza da cui emana l'ipoteca giudiziaria, non è rispetto al suo debitore nello stato di subordinazione e di dipendenza, in cui è situato colui al quale è attribuita la ipoteca di pieno dritto dalla legge. Non vi era dunque alcuna ragione di estendere sino ad esso l'eccezione consacrata dall'articolo 2135 in favore di quest'ultimo, e di dispensarlo dal prendere la iscrizione la cui necessità è fermata in massima dall'art. 2134.

Ma l'ipoteca giudiziaria va per lo contrario di accordo con l'ipoteca legale, in quanto che come questa si produce fuori di qualunque manifestazione della volontà delle parti. Di fatto essa risulta *di pieno dritto* da tutte le sentenze o atti giudiziarii suscettibili di conferirla. Di qui un'altra correlazione della ipoteca giudiziaria con la ipoteca legale, ed è che neppure essa è soggetta alla regola della specialità. La legge come si è veduto di sopra al n. 323 non applica questa regola che alle ipoteche la cui causa è nella convenzione delle parti. L'ipoteca giudiziaria non trovandosi in questo caso dovea, almeno in massima, essere generale ed indeterminata. E di fermo l'art. 2123 la pone sotto questo rapporto allo stesso rango dell'ipoteca legale, accordandole altresì la prerogativa della generalità.

Da questo lato specialmente l'ipoteca giudiziaria è stata impugnata, non solo da coloro che ne àn domandato la soppressione, ma anche da molti altri i quali meno radicali àn bene ammesso l'ipoteca in massima, ma ne avrebbero voluto restringere la estensione o gli effetti. Nonpertanto vedremo al n. 594 che anche sotto questo riguardo eravi alquanta impreveggenza nelle censure e che sostenendosi in massima l'ipoteca, essa doveva sussistere col suo carattere di generalità.

Arrogi che questa generalità dell'ipoteca giudiziaria si è un male necessario, non pertanto non sempre è senza rimedio: continuando la legge l'assimilazione da essa stabilita sotto tal rapporto tra l'ipoteca giudiziaria e l'ipoteca legale ha permesso che questa ipoteca potesse essere in taluni casi ricondotta alla *specialità*; il che fa presentire lo stesso articolo 2123, quando dopo aver detto che l'ipoteca si eserciterà sugli immobili attuali del debitore e su quelli che potrà acquistare, soggiunge « salvo le modifiche qui appresso indicate» e ciò viene stabilito dagli art. 2161, 2162 e 2165, i quali nel precisare siffatte modifiche, fanno per la ipoteca giudiziaria quello che gli art. 2140 e segg. àn fatto per l'ipoteca legale della moglie, dei minori o interdetti.

Si è preteso soventi che questo art. 2161 ferma la regola generale e contiene il principio ipotecario in quanto concerne la riduzione delle ipoteche, in tutti i casi in cui sono eccessive, avuto riguardo ai crediti, di cui àuno per oggetto di assicurare il pagamento (1). Ma come abbiam detto più sopra al n. 559, e come vedremo tra non guari (*infra*, n. 600) questo articolo contiene la regola speciale all'ipoteca giudiziaria, come gli art. 2140 e segg. contengono la regola speciale all'ipoteca legale della donna maritata, del minore o dell'interdetto: ed ecco perchè riuniamo qui all'art. 2123 il solo di cui si compone la sezione del Codice relativa alla ipoteca giudiziaria, in pria questo art. 2161 e poscia gli art. 2162 e 2165 i quali ne completano il pensiero.

Dopo questo sguardo generale sul sistema

(1) V. Troplong (n. 747).

della legge in quanto concerne la ipoteca giudiziaria, possiamo discendere ai particolari: ci occuperemo dunque successivamente delle fonti della ipoteca giudiziaria, della generalità che comporta in massima, delle modifiche che possonsi fare alla generalità e delle condizioni alle quali può opporsi l' ipoteca ai terzi.

II. — 573. Le fonti dell' ipoteca giudiziaria sono state indicate in un modo generale nello art. 2117, a' termini del quale questa ipoteca deriva dalle *sentenze* o *atti giudiziarii*. Il nostro art. 2123 limita la estensione di questa disposizione generale forse senza la necessaria precisione. Esso esprime innanzi tratto, per via di disposizione diretta ed imperativa, che l' ipoteca giudiziaria risulta 1° dalle sentenze, sia contraddittorie, sia contumaciali, deffinitive o provvisorie, in favore di colui che le ha ottenute; e 2° dalle ricognizioni o verifiche, fatte in giudizio, delle firme apposte ad un atto obbligatorio sotto scrittura privata. Aggiunge indi, per via di disposizione limitativa, che le *decisioni arbitrali* e le *sentenze rese in paese straniero* producono ipoteca, le une sol quando son rivestite dell' ordinanza giudiziaria d' esecuzione, e le altre quando sono state dichiarate esecutive da un tribunale francese, senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possono esservi nelle leggi politiche o ne' trattati. — Per tal modo, parleremo qui delle sentenze rese, sia da' tribunali francesi, sia da' tribunali stranieri, delle sentenze arbitrali, e degli atti giudiziarii, considerati come fonti dell' ipoteca giudiziaria.

574. Le sentenze emanate da' tribunali francesi generano l'ipoteca; il nostro articolo lo dice positivamente. Ma esso nulla indica e si astiene da ogni definizione in quanto concerne il carattere delle decisioni a cui si annette l' ipoteca. Vi si vede che l' ipoteca risulta dalle sentenze, sia *contraddittorie*, sia *contumaciali*, *deffinitive* o *provvisorie*; tuttavia queste indicazioni, tutte relative alla forma delle sentenze, nulla precisano in quanto alla natura delle condanne d' onde può l' ipoteca risultare.

Da ciò emerge una grave difficoltà nella pratica. Si è domandato se fa mestieri, perchè l' ipoteca possa risultare dalla sentenza, che la condanna pronunziata sia liquida e determinata, o se non basta che la sentenza racchiuda il germe d' un credito o stabilisca il principio d' un dritto eventuale ed indeterminato in quanto al presente, ma suscettivo di esser indi determinato con precisione. Negli antichi principi, consacrati dall' ordinanza di Moulins, ed anche in quelli della legge degli 11 brumaio anno 7, non vi sarebbe stata difficoltà; chè l' ipoteca non si accordava se non pe' *crediti risultanti da condanne giudiziarie*, d' onde derivava che fino a che la parte condannata non era dichiarata debitrice, i suoi beni non eran gravati in virtù della sentenza, a favor di colui che l' aveva ottenuta. Se i redattori del Codice ànno avuto il pensiere di seguire la tradizione in tal punto, è a noi ignoto, chè la discussione della legge non chiarisce mica questo punto. Ad ogni modo non l' ànno espressa, ed invece si son serviti di termini che, per la loro generalità, permetton di pensare che ànno essi voluto ampliare il cerchio in cui eran rinchiuse le decisioni giudiziarie suscettive di generare l' ipoteca. È rincrescevole d' altronde che non si sieno spiegati; ma, ad ogni modo, la disposizione della legge così interpetrata si spiega e si giustifica con lodevolissimi motivi. Non v'à cosa, in effetti, più giusta che il dare allo stesso dritto eventuale o indeterminato di un creditore la sicurezza di un' ipoteca che gli assicurerà indi lo esercizio e lo effettuamento di questo dritto; e come diceva la Corte di Montpellier nell'inchiesta amministrativa del 1841, l' ipoteca medesima non è che una misura conservatoria; se è giusto di affiggere la via di esecuzione solo a dritti attuali o determinati, è naturale e logico di far corrispondere almeno de' mezzi di conservazione a quelli la cui esistenza si produce in giudizio, almeno come probabili, po' loro antecedenti (1).

Posto ciò, noi diremo, per principio con la giurisprudenza, che ogni sentenza la quale impone un' obbligazione di fare o non fare, suscettiva di risolversi in danni ed interessi, o che riconosce l' esistenza di un' obbligazione preesistente, benchè non contenga condanna attuale conferisce l' ipoteca a termini del nostro art. 2123 (2).

— Egualmente della sentenza che ordina la reddizione di un conto (3); di quella che

(1) §. *Doc. Ip.* (t. III, p. 270).

(2) Rig., 4 giugno 1828; Montpellier, 7 genn. 1837 e 2 giug. 1841 (Dev., 28, 1, 347, Dall., 38, 2, 135, 42, 2, 25, J. P., 1842, 1. 1, p. 114).

(3) Rig., 21 ag. 1810 e 16 febb. 1842, Bourges, 31 marzo 1830, Colmar, 26 giu. 1842 (Dev., 42, 1, 714, Dall., 42, 1, 93, J. P., 1842, 1. I, p. 339). — *Vedi* pure Persil (art. 2123, n. 12), Grenier (1. I, n. 201). Duranton (1. XIX. n. 337), Dalloz (v.° Ipot., p. 158, n. 2), Zachariae (1. II, p. 132, nota 4). — *Vedi* tuttavia Pigeau (*Proc. civ.*, §. II, fg. 398). Toullier (§ VII, p. 242).

sulle azioni dirette contro il padre, debitore della dote della figlia, gli accorda un termine pel pagamento (1); di quella la quale, rigettando la vaga opposizione formata dal debitore contro un precetto fatto in virtù di un titolo, ordina la continuazione delle procedure fino al completo pagamento (2); di quella che riconosce o mantiene la esistenza di un credito, ancorchè la sentenza non abbia statuito precisamente sulla esistenza del credito ed abbia respinta soltanto l'eccezione di pagamento opposta ad un credito la cui esistenza era riconosciuta (3); ec.

575. Ma egli è pur mestieri che la sentenza, se non pronunzia una condanna attuale, contenga almeno il germe di una condanna: ogni sentenza che non fosse dichiarativa di un'obbligazione, sia attuale, sia futura, per esempio una sentenza di semplice istruzione, non avrebbe evidentemente per effetto di conferire ipoteca. Tal sarebbe la sentenza che ordina una messa in causa (4), quella che nominasse un curatore alla successione vacante, o un amministratore a'beni di un assente (5), o un amministratore provvisorio a'beni di una persona la cui interdizione è provocata (6); quella che si limitasse a dichiarare mal fondata una domanda di revindica di un fondo di commercio, ancorchè l'inesecuzione della sentenza potesse esser l'origine di una condanna ulteriore a danni ed interessi (7); quella la quale, prima di far dritto e senza pregiudicar nulla, rinviasse innanzi ad un arbitro relatore, ancorchè, per effetto del rapporto dell'arbitro, intervenissero delle condanne ulteriormente (8).

Maggiormente diremo altrettanto: 1° delle sentenze le quali, intervenendo sulle domande di divisione, rinviano innanzi notaio, *per procedervisi alle operazioni di conto, liquidazione e divisione* (9), formola puramente di stile che non implica in alcun modo l'idea che le parti si debbano ovvero si domandino un conto; e 2° delle sentenze d'aggiudicazione (10), che sono in fatti puramente degli atti giudiziarii impropriamente qualificati *sentenze*, poichè il giudice o i giudici delegati non emotton decisione; non ne può dunque risultare un'ipoteca generale su' beni dell'aggiudicatario, a favore del venditore che non à se non il suo privilegio; ed ancorchè il quaderno di vendita contenesse una clausola contraria, non sarebbe altrimenti: una tale clausola non può mutare la natura del contratto (11).

576. Nel modo che abbiamo indicato tutte le sentenze producono ipoteca, qualunque sia la loro forma esteriore, ancorchè fussero infette del vizio d'incompetenza, e da qualunque giurisdizione fossero emanate. Tuttavia, questi diversi punti debbono esser giostificati, per esser sorte su ciascuno di essi delle difficoltà più o meno gravi.

577. Diciamo in primo luogo che, qualunque sia la forma esteriore delle sentenze, salvo beninteso quelle che tendon solo alla istruzione della causa (il che risulta e dal testo della legge e dalle nostre osservazioni al n. 575), esse generano ipoteca. Egualmente è a dirsi delle sentenze provvisorie o diffinitive, sienai esse emanate contraddittoriamente o contumacialmente. Il testo del nostro articolo lo dice positivamente; e su di ciò non può esservi equivoco. Ma talvolta si è elevato dubbio se debbasi attribuire lo stesso effetto alle sentenze convenute tra le parti, a quelle che nella pratica son qualificate sotto la denominazione di *sentenze di espediente*. Ciò non pertanto questo dubbio non à potuto sussistere a lungo. Tuttochè convenute tra le parti, siffatte decisioni, rese dal giudice solo con cognizion di causa e dietro esame, àn la stessa autorità delle sentenze rese in seguito di contestazioni ostinate: è dunque certo che la sanzione dell'ipoteca vi deve eziandio proteggere la cosa giudicata (12).

578. Diciamo, in secondo luogo, che la sentenza infetta del vizio d'incompetenza non lascia di conferire ipoteca, o almeno il dritto di chiedere una iscrizione che il conservatore deve fare senza potervisi ricusare: ciò, be-

(1) Bordeaux 29 luglio 1821.
(2) Nimes 5 gen. 1831. Parigi. 10 ag. 1850 (Dev. 51. 2. 96, Dalloz 51. 2, 173).
(3) Rig. 29 apr. 1823 (Dev., 23. 1, 333) — *Ved.* puro Amiens. 6 ag. 1811 (Dal.. 44, 2, 146).
(4) Tolosa. 30 giug. 1840 (Dall, 41. 2, 82).
(5) *Vedi* Persil (art. 2123 n 13). Zachariae (§ II, p. 132, nota 4), Fremin ville (§ II. n° 1126), Troplong (n° 440). — *Vedi* tuttavia Dalloz (v° Ipot., p. 158, n. 2).
(6) *Vedi* gli autori citati nella nota precedente. Nullameno dalla Corte di Parigi il 12 dicembre 1833 è stato giudicato il contrario (Dev., 34, 2, 193).
(7) Rig., 17 genn. 1844 (Dall., 44, 1, 181; Dev., 44, 1, 419: I. P., 1844, §. 1, p. 676).
(8) Parigi 26 dic. 1844 (Dev., 45, 2, 174) *Vedi* pure Bordeaux. 26 marzo 1834 (Dev., 34, 2, 186).
(9) Cass. 13 apr. 1853 (I. P. 1856, §. 1, p. 55; Dal., 53. 1, 258; Dev., 53, 1, 341)
(10) Limoges, 3 marzo 1854 (Dall, 53. 2. 29).
(11) *Ved.* Persil (art. 2123, n. 11), Grenier (§ I. n. 290), Battur (§. II. n° 324) Delvincourt (§ I, p. 158, nota 7), Dalloz (v. Ipot., p. 175, n. 9 e seg.) Zachariae (§. II, p 131 nota 1). Troplong (n. 441 *ter*).
(12) Ved. Bruxelle. 9 gen. 1807 ed 8 mag. 1822 — Ved. pure Persil (art. 2123, n. 14), Merlin (Rep. v. Ip., sez. 2. § 3, art. 3 n. 2), Battur (§. II, n. 324), Rautor (Corso di proc. § 161), Zachariae (§ II, p. 131, nota 1).

unteso, non lede in alcun modo il dritto che à dal canto sua la parte condannata, se agisce in tempo utile, di far annullare la sentenza, e per conseguenza di esigere la radiazione della iscrizione. Ma tosto che lascia alla sentenza incompetentemente resa acquistar l'autorità della cosa giudicata, non può più sottrarre i suoi immobili agli effetti d'un'ipoteca oramai consolidata. Ecco la dottrina degli antichi giureconsulti (1), la quale tende a prevalere oggi giorno (2).

Ciò nullameno essa non è ammessa da tutti gli autori in siffatti termini assoluti; eminenti giureconsulti, soprattutto il Merlin e il Troplong, facendo distinzione tra il caso in cui la incompetenza la quale affetta la sentenza avesse potuto esser coverta col consenso delle parti nel prorogare la giurisdizione, e quello in cui la incompetenza fosse tale da non essersi potuto prorogare la giurisdizione, sostengono che l'ipoteca risulterà dalla sentenza nel primo caso soltanto (3). La distinzione non ci sembra fondata. Che il giudice abbia o no potuto condannare, poco monta; se, in fatto, la condanna è stata pronunziata, colui che l'à ottenuta può, in virtù della sentenza, presentarsi innanzi al conservatore e chiedere la iscrizione della ipoteca giudiziaria. Le parti interessate provvederanno poi; e nel caso di incompetenza radicale, accadrà, come in tutt' i possibili casi d'incompetenza, delle due l'una; o la condanna incompetentemente pronunciata sarà annullata sulla domanda della parte condannata, e l'ipoteca cadrà con la condanna istessa, il che menerà alla radiazione della iscrizione; o la sentenza, la quale è suscettiva come tutte le altre di acquistar l'autorità della cosa giudicata, diverrà irrevocabile per non averla la parte fatta infirmare, nel qual caso, reggendo la condanna, l'ipoteca e la iscrizione che ne manifesta la esistenza, reggeranno del pari.

579. Diciamo, per ultimo, che l'ipoteca risulta dalle sentenze, qualunque sia la giurisdizione da cui queste emanano. Per tal modo, le sentenze de'giudici di pace (4), le sentenze de' tribunali di prima istanza in primo o in ultimo grado, gli arresti delle Corti imperiali, le sentenze de' tribunali di commercio, tutte queste decisioni dell'autorità giudiziaria, contraddittorie o contumaciali, come abbiam detto, produrranno ipoteca. Vedremo più innanzi, parlando della Iscrizione, ciò che avverrà di quest'ipoteca, nel caso in cui la sentenza, resa contumacialmente o in prima istanza, venisse ad esser riformata sull'opposizione o sull'appello; ei si tratta qui unicamente della derivazione del dritto ipotecario, ed a tal riguardo, ripetiamo che nasce dalla sentenza da qualunque giurisdizione essa emani.

580. Ciò che diciam qui della giurisdizione civile o commerciale è uopo dirlo del pari della giurisdizione amministrativa. Pertanto, le ordinanze rese in consiglio di Stato, o le decisioni de'consigli di prefettura, quelle de'ministri, son suscettive di conferir ipoteca come le decisioni emanate dall'autorità giudiziaria, in quanto queste ordinanze o decisioni son rese in materia contenziosa o ne risulta un'obbligazione qualunque, sia in favore dello Stato, sia in favore di un cittadino. Così àn deciso due avvisi del Consiglio di Stato de'16 termidoro anno 12 e 29 ottobre 1811 (5).

581. Ma accanto alle condanne pronunziate dall'autorità amministrativa si allogano le coazioni cui i preposti delle diverse amministrazioni finanziere sono stati autorizzati ad ordinare da numerose leggi speciali per giungere al ricupero delle somme dovute allo Stato da' debitori: questo dritto è stato conferito specialmente a'preposti del registro e de'demani dalla legge de'19 agosto e 12 settembre 1791 (*vedi* pure l'art. 64 della legge del 22 frimaio anno 7), a' preposti delle contribuzioni indirette dalla legge del 1° germile anno 13, ecc. È surta la quistione se tali *coazioni amministrative* debbano essere assimilate alle condanne, e se al pari delle condanne generino esse ipoteca giudiziaria.

582. In tal punto eziandio gli avvisi precitati dal Consiglio di Stato de'16 termidoro anno 12 e 29 ottobre 1811 ànno statuito in termini che non sembrano dar luogo a dubbio di sorta. « Considerando dicesi nel primo, che gli amministratori a cui le leggi ànno attribuito, per le materie che vi son designate, il dritto di pronunziare delle condanne o di *ordinare delle coazioni*, son veri giudici, i cui atti debbon produrre gli stessi effetti ed ottenere la stessa esecuzione di quelli de'tribunali ordinarii; — e che tali atti non possono esser l'oggetto d'alcun litigio

(1) Ved. Ferrières (art. 177 Della Cons., § 4. al s ppl.), Soulatges (Delle Ip., cap. 2) d'Héricourt (Tr. della vendita degli imm., cap. II, sez. 2, n. 30).
(2) Ved. Persil (art. 2123, n. 3), Dalloz (ivi, p. 172, n. 3 a seg.), Zachariae (§ II, p. 1353, nota 6).
(3) Ved. Merlin (Rep. v. Ip. sez. 2, § 2, art. 4), Troplong (n. 445).
(4) Cass., 6 gen. 1815; 30 apr. 1812 (Dev., 43 1, 188, 2345). Ved. pure Tolosa, 21 feb. 1821.
(5) *Ved.* Locrè (t. XVI, p. 443 a seg).

innanzi a'tribunali ordinarii senza turbare l'indipendenza dell'autorità amministrativa, garentita dalle costituzioni dello Impero francese;—È di avviso: 1° che le condanne, le coazioni emanate dagli amministratori nei casi e per le materie di loro competenza, producono ipoteca, alla stessa guisa ed alle stesse condizioni di quelle dell'autorità giudiziaria; — 2° che, conformemente agli art. 2157 e 2159 del Codice civile francese, la radiazione non consentita delle iscrizioni ipotecarie fatte in virtù di condanne pronunziate o di coazioni ordinate dall'autorità amministrativa deve eseguirsi innanzi a'tribunali ordinarii; ma che, se il merito del dritto vi è contestato, le parti debbono esser rinviate innanzi all'autorità amministrativa. »

Il secondo avviso poi, quello del 29 ottobre 1811, fissa precisamente la estensione di quest'ultimo; chè, consultato sulla quistione se possa prendersi iscrizione ipotecaria in *virtù delle coazioni* che lo art. 32 della legge del 22 agosto 1791 autorizza *l'amministrazione delle dogane* ad ordinare, il Consiglio di Stato si limita a ritenere l'Avviso del 16 termidoro anno 12 (approvato il 25), di cui rammenta i motivi; indi soggiunge: « Considerando che la quistione proposta dal ministro *è deciso dall'avviso precitato*; ma che questo avviso non è stato inserito nel Bullettino delle leggi, ed è necessario dargli la pubblicità legale, affinchè le parti interessate ne abbiano cognizione — È di opinione che si dian degli ordini perchè lo avviso del Consiglio, approvato il 26 termidoro anno 12, sia inserito nel Bullettino delle leggi (1). » Ei risulta chiaramente da questi testi ravvicinati, da un canto, che v'ha nel primo avviso una soluzione generale applicabile in tutt' i casi in cui delle leggi speciali accordano ai preposti delle diverse amministrazioni finanziere il dritto di pronunziare delle condanne o di ordinare delle coazioni, e, dall'altro, che al punto di vista della ipoteca giudiziaria, le *coazioni* sono allogate sulla stessa linea delle condanne, poichè la quistione sottomessa al Consiglio era precisamente di sapere se la iscrizione ipotecaria poteva prendersi in virtù di una *coazione*.

Tuttavia, malgrado le disposizioni positive di questi avvisi i quali, con la loro inserzione nel Bullettino delle leggi, ànno acquistata l'autorità di una interpretazione legislativa, la dottrina e la giurisprudenza presentano la maggior contrarietà di vedute sull'effetto che deve affiggersi alle coazioni da' preposti delle diverse amministrazioni finanziere a cui delle leggi speciali hanno accordato il dritto di ordinarne. Da una banda, la corte di Lione decide che lo avviso del consiglio di Stato è applicabile alle coazioni ordinate *dall' amministrazione delle contribuzioni indirette*, e quindi, che può prendersi una iscrizione in virtù di tali coazioni sui beni dei debitori (2). Dall'altra, la corte di cassazione decide all'opposto, che le coazioni ordinate *dalla regia del registro* non producon mica ipoteca, e quindi, non son titoli bastevoli per prendere una iscrizione giudiziaria (3). E quest'ultima soluzione di recente combattuta da Serrigny con una grande autorità di ragione (4), è ammessa, anzi, da un gran numero di autori (5).

In quanto a noi, non crediamo che questo effetto giuridico dell' ipoteca giudiziaria possa venir ricusato alle coazioni ordinate dalla regia del registro, come noi si può a quelli che emanano da qualunque altra amministrazione autorizzata a procedere per tal via, e per esempio, a quelle dell' amministrazione delle dogane, di cui è parola nello Avviso del consiglio di Stato del 29 ottobre 1811, o a quelle dell' amministrazione delle contribuzioni indirette, a cui si riferisce lo arresto della Corte di Lione. Noi non abbiam punto ammesso che la regia del registro avesse quel privilegio a cui pretendeva (*supra*; n° 34), che la giurisprudenza della Corte di cassazione le aveva in prima accordato e che le à giustamente testè ricusato co' celebri arresti del 23 giugno 1857, resi sul rapporto sì ammirevolmente chiaro e profondo del consigliere Laborie (6). Ma perchè si rifiuterebbe mai a questa coazione il beneficio dell' ipoteca giudiziaria? In diffinitiva la regia del registro ripete pure da una legge speciale il dritto di ordinare delle coazioni; lo art. 64 della legge fondamentale in materia di registro (legge del 22 frimaio anno 7) dispone eziandio che il primo atto di procedura pel ricupero de' dritti ed il pagamento delle pene ed ammende *sarà una coazione*, la quale sarà ordinata dal ricevitore o preposto della regia, e sarà vistata e di-

(1) I due avvisi sono stati, in fatti, inseriti nel *Bullettino delle leggi* di seguito l'un dopo l'altro *Ved.* primo semestre del 1812, p. 282.

(2) *Ved.* Lione, pag. 1829. — *Ved* pure due decisioni ministeriali de'14 e 20 aprile 1813, Championnière e Rigaud (*Trattato de'dritti di registro*, t. IV, n° 4016).

(3) *Ved.* Rig., 28 gen. 1828.

(4) *Ved.* Serrigny (*Riv. crit. di legisl. e di giurispr.*, t. IX, p. 554). *Ved.* pure Duranton (t. XIV, n. 354).

(5) *Ved.* Valette (*Riv. del dr. franc.*, t. IV), Dalloz (v. *Ip.*, p. 173, n. 16).

(6) *Ved.* Dalloz (57), 1, 253).

chiarata esecutoria dal giudice di pace del cantone ove è stabilito lo uffizio. » Quando adunque il ricevitore o il preposto della regia ordina ona coazione pel rimborso de' dritti di registratura o pel pagamento delle pene o ammende, gli è appunto nel caso indicato dallo Avviso del consiglio di Stato del 16 termidoro anno 12; chè la coazione emana da *preposti* o *amministratori espressamente* autorizzati a procedere in tal guisa, e che agiscono *per le materie designate nelle leggi che ve li autorizzano*. Come potrebbe in tal caso la coazione non generare quest' ipoteca giudiziaria cui lo avviso precitato dichiara espressamente doverví essere annessa? Questo avviso non è dunque generale e fatto in veduta delle coazioni ordinate da tutti gli amministratori a cui le leggi attribuiscon tal dritto? Ed ammesso che la generalità della sua disposizione non risultasse abbastanza da' termini stessi in coi è concepita, forsechè non sarebbe essa completamente stabilita dallo avviso ulteriore del 29 ottobre 1811. Quando un avviso à deciso espressamente ed in termini assoluti che « la coazioni emanate dagli amministratori, *ne' casi e per le materie di loro competenza*, generano ipoteca alla stessa guisa ed alle stesse condizioni delle condanne delle autorità giudiziarie » si viene a muover la quistione, se le coazioni della regia delle dogane producono ipoteca! E qual'è la risposta fatta dal Consiglio di Stato nel suo secondo avviso? La sola evidentemente possibile a farsi: che la quistione non à più d' uopo di risolversi, *perchè già risoluta dal primo avviso*. Se la difficoltà fosse sorta in occasione delle coazioni ordinate da un' amministrazione qualunque salvo quella delle dogane, da quella delle contribuzioni indirette o quella del registro, la risposta sarebbe stata la stessa incontestabilmente. Non è dunque a dirsi, con la Corte di cassazione, che la regia del registro non possa argomentare dall'avviso del 29 ottobre 1811, perchè dispone solo in favore della regia delle dogane. Ciò sarebbe vero, se il consiglio di Stato avesse espressa direttamente l' idea che l' ipoteca giudiziaria si affigge alle coazioni ordinate dalla regia delle dogane. Ma la non è così; il testo (ed a ragione il ripetiamo) si esprime a tal modo unicamente in rapporto allo avviso del 16 termidoro anno 12 a cui si riferisce. Or l'amministrazione delle dogane, al pari di qualunque altra, non è specialmente designata in questo ultimo avviso; tutte quelle cui la legge dà la facoltà o il dritto di sperimentare per via di coazione il rimborso delle somme dovute allo Stato vi son dunque comprese; ed è ciò che indica chiaramente il rinvio fatto a questo avviso da quello del 1811: ed ecco perchè l' amministrazione del registro ne può argomentare quanto quella delle contribuzioni indirette, a cui la corte di Lione ha giustissimamente riconosciuto il dritto di farlo.

Conchiudiamo quindi esser delle coazioni come delle condanne pronunziate dall'autorità amministrativa, e che, poste sulla stessa linea, esse producono le une e le altre ipoteca giudiziaria a'termini degli avvisi precitati de'16 termidoro anno 12 e 29 ottobre 1811.

583. In quanto precede abbiam solo discorso delle decisioni rese in Francia. Aggiungiamo che son rese all'estero delle sentenze che non lasciano di derivare da una giurisdizione francese: come le decisioni de' nostri consoli di commercio istituiti dalla Francia in paese straniero. Sebbene la disposizione finale del nostro art. 2123 parli delle sentenze *rese in paese straniero* per dire che non producono ipoteca da sè medesime o che l' ipoteca risulta solo a certe condizioni determinate, ciò nullameno non si applica punto a siffatte decisioni. La locuzione troppo estesa del nostro articolo trova il suo limite nello art. 546 del Codice di procedura, ove è detto che « le sentenze rese *dai tribunali stranieri* e gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri non saranno suscettivi di esecuzione in Francia se non nel modo e ne' casi preveduti, dagli art. 2123 e 2128 del Codice Napoleone. » Da ciò n'emerge che le sentenze rese da' consoli francesi ne' paesi stranieri sono sentenze di un tribunale francese che producono per sè stesse ipoteca giudiziaria, come quelle de' nostri tribunali residenti in Francia (1).

584. Ma che vuolsi mai dire delle sentenze rese da tribunali veramente stranieri? V' à due casi in coi esse producono ipoteca in Francia: gli è quando emanano da tribunali residenti in un paese a favor del quale esistono delle leggi politiche che vogliono che le loro sentenze avrao la forza esecutiva in Francia, o che hanno con la Francia trattati i quali attribuiscano questa forza esecutiva alle loro sentenze. La giurisprudenza decide in questo senso che le sentenze rese dai tribunali svizzeri, quando hanno acquistato la autorità della cosa giudicata, sono esecutive in

(1) *Vedi* d' Héricourt (*Della vendita degl'imm.*, cap. 2, sez. 2, n. 30). — *Ved.* pure Duranton (t. XIX n. 342), Zachariae (t. II, p. 152, nota 2), Troplong (n. 152), Persil (*Quist.*, t. I, p. 282).

Francia (e quindi vi producono ipoteca), in virtù del trattato di alleanza del 4 vendemmiale anno 12, tra la Svizzera e la Francia (1).

585. Fuori di questi due casi, riservati dal nostro art. 2123, le sentenze de' tribunali stranieri non generano ipoteca per sè stesse; a' termini di questo stesso articolo, l' ipoteca non può risultarne che quando sono state dichiarate esecutive da un tribunale francese.

In ciò la legge riforma i principii del nostro antico dritto consacrati dallo articolo 121 dell'ordinanza del 1629 (Codice Michaud), ove è detto, « le sentenze rese, i contratti o le obbligazioni ricevute in regni e sotto sovranità straniere, per qualunque siasi causa *non avronno alcuna ipoteca nè esecuzione nel nostro regno*; per tal modo, i contratti terran luogo di semplice promessa, e nonostante le sentenze, *i nostri sudditi contro cui saranno si rese potranno di nuovo dibattere i loro dritti, come intatti, innonzi ai nostri ufiziali* ». Questi principii, del resto, si eran mantenuti malgrado il discredito in cui era caduta indi l' ordinanza del 1629; son in effetto rammentati, ma per induzione soltanto, in un editto di luglio 1738 ed in una dichiarazione del 9 aprile 1747, i quali disponendo eccezionalmente « che gli atti pubblici *stipuloti in Lorena* e le sentenze *dei tribunoli di questo paese* produrrebbero ipoteca e sarebbero eseguite nella estensione del regno, » implicavano la idea che la disposizione dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629 fosse in vigore in quanto concerne gli atti pubblici e le sentenze stipulate o rese in tutti gli altri paesi stranieri (2).

Questi principî appunto il nostro art. 2123 e lo art. 566 del Codice di procedura ànno rovesciati diponendo che le sentenze de' tribunali stranieri potranno eseguirsi in Francia e generare ipoteca sotto la coodizione *che sieno state dichiorate esecutive da un tribunale froncese.*

586. Ma qual'è la missione del tribunale francese che deve rendere esecutiva in Francia quella sentenza straniera da cui sotto questa condizione risulterà l'ipoteca?

Su questo punto è sorta una controversia delle più gravi che qui rammenteremo, tuttochè il Marcadè l'abbia già assodata (*ved.* t. 1°. n. 144 e seg.).

La maggioranza degli autori, la cui opinione del resto è consacrata dalla giurisprudenza, han preteso che il tribunale francese debba procedere alla revisione intiera della causa, statuirvi su di un nuovo dibattimento impegnato innanti di esso, senza di che la sentenza straniera non potrebbe venir eseguita in Francia, nè per conseguenza conferirvi ipoteca (3). Altri han sostenuto che si tratta unicamente pel tribunale francese di apporre il suo *visto* sulla sentenza del tribunale straniero, e di rivestirla d' un'ordinanza di esecuzione che differisce da quella data per rendere esecutiva una sentenza arbitrale solo in quanto emana dal tribunale in luogo di esser data dal presidente soltanto (4). Altri infine, procedendo con distinzione, dicono che, se la sentenza straniera è stata resa tra stranieri o a favore di un francese contro uno straniero, il tribunale francese non deve so non apporvi il suo *visto* e rivestirla d'una semplice ordinanza di esecuzione; ma che se la sentenza straniera è stata resa a favore di uno straniero contro un francese, il tribunale francese dovrà rivedere la causa nel suo insieme e statuire su di un nuovo dibattimento, perchè possa prendersi contro la parte condannata una iscrizione ipotecaria (5).

Noi siamo in tal punto dello avviso del Marcadè. Poniam da banda l'opinione intermedia di cui abbiam poc'anzi parlato. Essa era dominante nella antica giurisprudenza; e poteva allora giovarsi del testo stesso dell'ordinanza del 1629, in cui, in fatti, il privilegio di difender la causa innanzi agli ufiziali francesi è dato *a' sudditi del re* contro cui erasi la sentenza resa in paese straniero. Ciò appunto spiegava l'avvocato generale Séguier all'udienza del parlamento di Pari-

(1) *Ved.* Rig. 28 dic. 1831; Cass., 23 luglio 1832 (Dev., 32, 1. 627 e 664). *Ved.* pure su questo punto Rig. 14 lug. 1825, Grenoble. 9 gen. 1826 e 3 gen. 1829.

(2) Foullenois (Tr. *degli st. reali e pers.* t. 1, p. 646. Merlin (*Quist.*, v. *Sent.* § 14).

(3) Poitiers, 8 prat. anno 13; Colmar. 13 genn. 1815, Parigi 27 agosto 1816; Rig., 19 apr. 1819, Rennes, 28 mag. 1819, Tolosa, 27 dec. 1819; Montpellier, 8 mar. 1822, Grenoble 3 gen. 1829, Douai 3 gen. 1845, Bordeaux 6 ag. 1847 (Dev. 45 2.513, 48 2.153, 1. P. 1848, §. 1. p. 513)—*Ved.* pure Merlin (*ivi* n. 2), Delvincourt (§. 11, p. 202), Toullier (§ X, n. 85). Persil (art. 2123), Pardessus (Dritto comm. n. 1488), Zachariae (*Int.*, § 32), Rautur (*C. di proc. civ.* n. 157, Aubry (Riv. *stra.* § III, p. 165), Boncenne (*Pr. civ.* § III p. 222), Troplong (n. 451). Fremiaville (*Org. e cont. delle C. d'app.* al n. 298) Taulier (t. VII p. 248.(— *Ved.* pure le osservazioni della facoltà di Caen nell'esame del 1841 (*Doc. Ip.* § III p. 275)

(4) *Ved.* Pigeau (*Proc.* part. 3 tit 3) Foelix *Dritto int. priv.* lib. 2 tit. 7 seg. 2 §2), Massè (*Dr. comm.* § II n. 303).

(5) Rej. 7 gen. 1806: Parigi 13 mag. 1820. — V. pure Duranton (t. XIX n. 342) Carrè (*L. della proc. civ.* quist. 1899)—V pure le osservazioni della Facoltà di Grenoble nello esame amministrativo del 1841 (*Doc. ip* § III p. 277).

gi, il 16 apr. 1777, allorchè diceva: « Le sentenze rese in paese straniero contro un francese in favore di uno straniero non hanno esecuzione in Francia; il francese può discutere novellamente la causa e sottoporla a'suoi giudici nazionali. Ma le sentenze rese tra due stranieri, in paese straniero, possono esser messe ad esecuzione, in Francia, col semplice permesso del giudice, perchè l'ordinanza che vieta l'esecuzione delle sentenze straniere in Francia è stabilito questo privilegio solo in favore de'francesi (1). Ma oggi abbiamo innanti disposizioni scritte sotto un punto di vista affatto diverso; or queste disposizioni son concepite in termini generali ed assoluti; non comportan quindi distinzione di sorta. Ed è evidentissimo che la sentenza straniera, o resa contro un Francese in favor di uno straniero, o resa, all'opposto, a favore di un Francese contro uno straniero, o tra stranieri, non può eseguirsi in Francia che sotto la condizione determinata, la stessa in tutti i casi, di esser dichiarata esecutiva da un tribunale francese (2).

Ma come mai sarà essa dichiarata esecutiva? Forsechè con un semplice visto, un *pareatis, un'ordinanza di esecuzione?* Dietro una revisione intiera della causa dopo esame e discussione? Diciamo col Marcadè, che ei non si tratta qui nè di un semplice visto nè di una vera revisione. Non può esser mica quistione di un visto, chè altrimenti a che mai domandare l'intervento di un tribunale francese per rendere esecutiva la sentenza straniera? e non sarebbe forse stata bastevole un'ordinanza di esecuzione data dal presidente soltanto, come quando si tratta di rendere esecutiva una sentenza arbitrale? — Da una altra banda non è tampoco quistione di una revisione intiera e su di una nuova discussione, chè, se altrimenti fosse, converrebbe dire che i giudici francesi hanno, in rapporto alla sentenza straniera, lo stesso potere dei giudici di appello in rapporto alla sentenza di prima istanza impugnata innanti di loro, il potere quindi di sostituire la loro decisione a quella dei primi giudici; e ne risulterebbe che *la loro propria decisione* sarebbe esecutiva in Francia, contrariamente al testo ben positivo del nostro articolo ed a quello dello art. 546 del Codice di procedura, secondo i quali deve la *sentenza straniera* esser dichiarata esecutiva sotto la condizione determinata (3)

Di che dunque si tratta? Di una valutazione della sentenza straniera nei suoi rapporti coi principii generali della nostra legislazione francese, coi nostri usi, coi nostri costumi, con le nostre regole sulla esecuzione delle sentenze, cose tutte che magistrati stranieri possono non conoscere, e che i tribunali francesi sono in grado di valutare. Il tribunale francese dovrà dunque esaminare se la sentenza straniera di cui gli si domanda di autorizzare l'esecuzione non leda i principii che noi consideriamo come di ordine pubblico in Francia; ne autorizzeranno l'esecuzione se è conforme a questi principî; la ricuseranno se è contraria, come è stato espressamente giudicato dalla Corte di Parigi (4). Questa valutazione muoverà talvolta le più dilicate difficoltà; ecco perchè il legislatore ha rimesso al tribunale intiero la cura di farlo: ma questo tribunale usurperebbe evidentemente ed andrebbe al di là delle attribuzioni aggiudicategli in questo caso se, rivenendo sulla cosa giudicata all'estero, giudicasse del merito della causa e statuisse su quistioni che la giurisdizione straniera ha definitivamente risolute (5) (a).

587. La ipoteca giudiziaria può risultare eziandio dalle sentenze arbitrali; così era sotto lo antico dritto; ma, sotto lo antico dritto come sotto lo attuale, si è considerato che,

(1) V. in questo senso, Boullenois (*ivi* t. I p. 606) Rousseau de Lacombe (v. Ip. sez. 2 a. 3).

(2) V. in questo senso, Parigi, 27 agosto 1816; Rig. 19 aprile 1819.

(3) Nello esame amministrativo del 1841 la Corte di Grenoble chiedeva che la legge fosse modificata in questo senso, e che vi si dicesse che «quando una sentenza resa in paese straniero fosse dichiarata esecutiva con sentenza di un tribunale francese, l'ipoteca risulterebbe solo *da quest'ultima sentenza.*» La Corte riconosceva che il nostro art. 2123 fa derivar l'ipoteca dalla sentenza dichiarata esecutiva ed in ciò appunto ne censurava la disposizione perchè, diceva, l'ipoteca su immobili situati in Francia non può emanare che da un atto dell'autorità francese (V. *Doc. Ip.* t. III. p. 268).

(4) Parigi, 20 novembre 1848 (Dev. 49. 2. 11). V. pure Rig. 14 lug. 1825; Parigi, 16 gen. 1836 (Dev. 36. 2. 70).

(5) V. su di ciò Boitard (*Proc. civ.* t. II. n. 321), Demangeat (*Cond. civ. degli stran.* p. 405 a seg.) Nouguier (*Trib. di comm.* t. II. p. 444). Valette su Proudhon (t. I. p. 159, e *Riv. del dr. franc. e stran.* t. VI. p. 597.) Demolombe (t. I. n. 263).

(a) L'art. 2123 del Cod. Napoleone e l'art. 2009 delle nostre LL. CC. che ne è la traduzione avrebbero per verità potuto essere più espliciti. «Se non siano state dichiarate esecutorie» dice la legge francese; « se non sia stata ordinata l'esecuzione » dice la legge napolitana; ma nè l'una nè l'altra si curano di cnunciare a quali condizioni dovranno le sentenze straniere esser *dichiarate esecutorie*, esserne *ordinata la esecuzione.* Quindi il campo aperto alla interpetrazione e la diversità de' sistemi adottati dagli scrittori. Quello sostenuto dal Marcadè, e dopo di lui dal Pont, è anche per noi il solo logico e il solo in armonia co'principii generali del dritto e non vogliamo tacere che, prima che venisse recato in mezzo in Francia, era già insegnato nel nostro regno dall'insigne professore e nostro diletto maestro, Roberto Savarese.

Il Trad.

per sè stessa, la sentenza degli arbitri non è se non un atto privato il quale non poteva quindi conferire ipoteca senza la sanzione dell'autorità pubblica. La ipoteca non risultava dunque, un tempo, dalle sentenze arbitrali se non quando erano omologate (1); ed oggi, secondo il nostro art. 2123, può da esse derivare sol quando son rivestite dell' ordinanza giudiziaria di esecuzione. L'ordinanza di cui è qui parola è quella che, a'termini degli art. 1020 e 1021 del Codice di procedura, dev'essere accordata dal presidente del tribunale al piede o in margine della minuta, senza che vi sia d'uopo di farne comunicazione al pubblico ministero. Fino a quest'ordinanza, la sentenza arbitrale, che non è suscettiva di essere eseguita, non può tampoco conferire ipoteca, e quindi il titolo sarebbe insufficiente per domandare iscrizione (2): ciò non può far difficoltà.

Ma se si tratta di una sentenza arbitrale resa in paese straniero, possono generarsi de' dubbi che nascono dal prescriver che fa la legge, come abbiamo testè veduto, perchè le sentenze straniere sieno esecutorie in Francia, un mezzo differente da quello che indicano gli art. 1020 e 1021 del Codice di procedura. Tuttavia si ammette generalmente che questo mezzo non è richiesto che per la messa ad esecuzione in Francia della decisione resa in paese straniero da giudici stranieri rivestiti d' un' autorità pubblica, e quindi, che lo impiego non ne è necessario quando si tratta di dare ad una sentenza arbitrale resa all'estero la forza obbligatoria in Francia. Il giudice arbitro, dicesi con ragione, è a scelta delle parti; egli è pronunziato, come l' uomo in cui esse han riposto la loro fiducia, e non come uomo rivestito dell' autorità pubblica; la sua decisione non può dunque allogarsi nella classe delle sentenze propriamente dette, e perciò basta, quando si tratta di porla in esecuzione in Francia, domandare il *pareatis* del giudice nella forma speciale secondo cui le sentenze arbitrali ricevono la forza esecutoria (3).

Ciò non pertanto la giurisprudenza à fatta una eccezione che si giustifica da sè: egli è nel caso in cui un tribunale straniero à dovuto intervenire per dare esso stesso mandato al terzo arbitro di statuire su punti che gli arbitri non àn toccato o che ànno omesso di regolare, allora la sentenza arbitrale procede da una decisione dell' autorità pubblica, e si comprende che abbia forza obbligatoria in Francia, sol quando vi è dichiarata esecutoria col mezzo e secondo la forma indicate per l' esecuzione, in Francia, delle sentenze straniere. La Corte di cassazione à giustamente deciso, in questo senso, che la sentenza arbitrale resa in paese straniero contro un francese, da un terzo arbitro straniero, chiamato da un tribunale straniero, ed autorizzato da questo tribunale a statuire su punti in litigio rispetto a' quali gli arbitri divisi avevano omesso di dichiarare il loro dissenso, non può eseguirsi in Francia se non dopo di essere stata dichiarata esecutoria da un tribunale Francese, come se si trattasse di un giudicato straniero, reputandosi che il terzo arbitro abbia agito, in tal caso, come delegato della potestà pubblica straniera (4).

588. Ci resta infine a parlare degli *atti giudiziari* considerati come fonte dell' ipoteca giudiziaria. Tutti gli atti giudiziari sono essi suscettivi di produrre ipoteca? Considerando solo i termini dello art. 2117, converrebbe rispondere affermativamente, chè questo articolo ci dice, in un modo affatto generale, che l'ipoteca giudiziaria è quella che risulta dalle sentenze o *atti giudiziari*. Ma siffatta disposizione è precisata nel nostro articolo 2123, il quale, pel caso speciale che prevede, il caso di ricognizione o di verifica di firme fatta in giudizio, mostra chiaro che gli *atti giudiziari* suscettivi di produrre ipoteca son quelli soltanto che hanno il carattere di sentenza, come confessioni, ricognizioni, o qualunque altro fatto alla stessa guisa compiti innanzi i giudici, da essi constatati, e che implicano l' esistenza di una obbligazione (v. *supra*, n° 322).

Secondo ciò, abbiam potuto più innanzi dire (v. n° 575) che la ipoteca non risulta dagli atti, impropriamente chiamati *sentenze*, coi quali un giudice o dei giudici delegati aggiudicano degli immobili di cui è fatta vendita in giudizio. Aggiungiamo ora, nello stesso senso, che la ipoteca giudiziaria non risulta tampoco dal borderò di collocazione rilasciato in una gradazione ad un creditore chirografario, dopo collocazione dei creditori ipotecarii (5), salvo tuttavia che, sull'opposizione dell' aggiudicatario, i borderò sien

(1) V. Pothier (Dell' Ip. cap. 1 art. 2, n. 23) Despeisses (part. 3 sez. 3 n. 12).
(2) V. Rig. 25 prat. anno 11.
(3) V. Parigi, 16 febbr. 1819 e 7 genn. 1833. — V. pure Grenier (t. 1, n. 213) Delvincourt (t. I, p. 203), Zachariae (ivi), Troplong (n. 453).
(4) Req. 16 giug. 1840 (Dev., 40, 1, 583). — V. pure Parigi 22 giug. 1843 (Dev. 43. 2. 346).
(5) Grenoble, 28 mag. 1831 (Dev., 32, 2, 93), Parigi, 10 ag. 1850 F. P., 1850, § 11, p. 631). — Confr. Duranton (§, XIX, n° 337 bis), Troplong (n. 442 quarto)

dichiarati esecutorii contro di lui con sentenza, nel qual caso questa sentenza diviene il principio di un' ipoteca (1); nè da processi verbali di conciliazione redatti dai giudici di pace, ancorchè questi processi verbali contengano delle ricognizioni di scritti privati, delle confessioni o delle convenzioni (2); nè dagli atti di sottomissione di cauzione fatti in cancelleria o da sentenze che ricevono la cauzione giudiziaria, risultando le obbligazioni a cui la cauzione è sottomessa, dalla legge e non dalla sentenza, la quale si limita a ricevere la cauzione (3). — Son questi degli atti che, sebbene *giudiziarii* nel senso assoluto della parola, vedendosi in essi la partecipazione della giustizia o dei suoi agenti, non han però il carattere di *sentenze*, e, quindi, non rientrano nella classe degli atti giudiziarii da cui la legge fa risultare la ipoteca.

589. Ma il Codice Napoleone ha disposto diversamente in quanto concerne le sentenze di ricognizione di firme; esso ci dice in fatti, nel nostro art. 2123, che la ipoteca risulta dalle ricognizioni o verifiche fatte in giudizio, delle firme apposte ad un atto obbligatorio privato. Secondo ciò, si è deciso che il processo verbale di un giudice di pace, il quale procede come giudice e non come conciliatore, (v. il numero precedente), innanzi al quale si presenta volontariamente un debitore per riconoscere la sua firma, e che dà, al creditore presente, atto di questa ricognizione, produce ipoteca giudiziaria (4). — Ciò non pertanto noi faremo ossservare, in questa prima applicazione, ch' essa presenta i più gravi pericoli, e che l' abuso che se ne può fare e che tuttodì sen fa ci disporrebbe a combatterne l'esattezza e la legittimità. Questo abuso si mostra anzi tutto in campagna, ove il coltivatore, trovandosi in angustie, è ben sovente la preda di agenti di mala fede. Come gli torna men grave di comparire volontariamente innanzi al giudice di pace anzichè far le spese di un atto notarile, lo si persuade agevolmente: egli toglie dunque a prestito, compra anzi con atto privato; indi vien tratto a questa comparsa volontaria per farvi una ricognizione di firma avendo ben cura di non fargliene conoscere le possibili conseguenze. Che ne segue da ciò? Due cose manifestamente contrarie a' principî. Da un canto, sonosi invertito le giurisdizioni; chè di qual cosa trattasi fra le parti, nel caso proposto? Di far unicamente constatare una convenzione intervenuta tra esse, e di far dare il carattere dell' autentità a questa convenzione che non è il subbietto di alcuna disputa, di alcuna contestazione tra coloro che l' àn fatta. Or ciò non è del dominio della giurisdizione forzata a cui appartiene il giudice di pace; è del dominio della giurisdizione volontaria; ed il notaio soltanto, secondo la legge del 25 ventoso anno 11, è competente, nel caso proposto, per dare all' atto il carattere dell' autenticità. — D' altra banda, si eludono le proibizioni formali della legge facendo indirettamente ciò che non si potrebbe fare per la via diretta. Il legislatore à dichiarato che la generalità, di cui fa uno de' caratteri delle ipoteche legali o giudiziarie, non potrebbe essere estesa all' ipoteca convenzionale, vietando espressamente alle parti di stipulare delle ipoteche generali o delle ipoteche su beni futuri. Or delle parti che si presentano volontariamente innanzi al giudice di pace per farvi una dichiarazione convenuta, e che fan redigere di questa dichiarazione un processo verbale dal quale risulterà indi l' ipoteca giudiziaria eludono manifestamente in ciò questi divieti formali della legge: in fin del conto, esse giungono ad una sentenza *convenuta* d' onde nasce un'ipoteca *generale* la quale però, nei principî del Codice, non può stabilirsi con la *convenzione*. Siffatte considerazioni ci menano a pensare che quando il legislatore ha parlato delle sentenze di ricognizione o di verifica di firme come di atti giudiziari suscettivi di conferire ipoteca, à inteso che l' ipoteca non si affiggerebbe a tali sentenze se non quando intervenissero in seguito di contestazioni elevate tra le parti, sia sulla convenzione istessa, sia sulla tale o tal' altra delle condizioni che la costituiscono, e non ha voluto affiggere questo effetto dell' ipoteca a sentenze le quali, procedendo dalla sola volontà delle parti, non

(1) Bordeaux. 30 apr. 1840 (Dall., 41, 2. 13).

(2) La quistione è stata preveduta nella discussione della legge al consiglio di Stato ed al Tribunato, tanto sul nostro art. 2123 che sullo art. 54 del Codice di procedura, e risoluta in questo senso. V. Locrè (§. XVI, p. 255 o 251; §. XXI, p. 252, 255, 399); — lunge: Grenier (§ I. n. 202). Baurer (§ 168), Dalloz (v. Ip. p. 185, n. 2), Zachariae (§ II, p. 131, nota 1).

(3) V. Persil (Quistioni, § I, p. 278) Zachariae (ivi), Troplong (n° 441). Troviamo nella Raccolta di Dalloz un arresto della Corte di appello di Savoia, degl 8 mag. 1831, che si è pronunziato in questo senso (Dall., 53. 2. 211). — V. tuttavia Delvincourt (§ III. p. 158), Dalloz (p. 171, n. 3). Duranton (§. XIX n° 337). — lunge Metz 27 ag. 1817.

(4). V. Merlin (Rep. v° Ip. p. 838 e seg.). Grenier (§ I. n° 202). Troplong (n. 448) — V. tuttavia ca a.. 22 de 1808 il creditore, nella specie, non era stato presente per domandare atto.

sarebbero che lo equivalente di una convenzione.

Posto ciò, l' ipoteca giudiziaria risulterà dall' atto il quale, sotto forma di sentenza intervenuta per effetto di una divergenza sull'epoca in cui il debitore dovesse liberarsi, condanna quest' ultimo a pagare, in un termine stabilito, lo ammontare di un debito riconosciuto (1): e dalla sentenza d'egual natura, resa da un giudice su di una materia di valore eccedente la sua competenza (v. supra n° 578), se la sentenza non è impugnata o se è accettata (2).

Son queste delle applicazioni dirette della precitata disposizione del nostro art. 2123, la quale à creduto dovere accordare la sicurezza speciale dell' ipoteca ad una decisione, che se non è una sentenza propriamente detta, in quanto non porta condanna, ne presenta i caratteri esteriori, poichè le parti son quivi in presenza d' un tribunale innanzi al quale si compion de' fatti che implicano la esistenza d' un' obbligazione e sono constatati dal tribunale.

E nullameno è ben lungi che questa disposizione della legge sia esente da critica: in questo ponto particolare prevede il Codice l'anomalia sì inopportunamente rimproverata al principio stesso della ipoteca giudiziaria (*supra* n° 569).

In fatti, questa disposizione del Codice è manifestamente riprodotta dalla legge degli 11 brumaio anno 7 il cui art. 3 ammetteva l'esistenza « dell' ipoteca coll' onere della iscrizione, 1°...., 2°...., 3° pel credito risultante *da un atto privato la cui firma fosse stata riconosciuta o dichiorata tale da una sentenza.* » Ma i redattori del Codice non han badato che lo stesso articolo ammetteva del pari, come si è veduto poc'anzi, (v. n° 568 nota 4), l'esistenza dell' ipoteca per un *credito con atto notarile*. In guisa che ciò che spiegavasi a maraviglia nella legge di brumaio non si spiega più nel Codice; chè il Codice avendo fermato per principio che oramai l'ipoteca non risulterebbe di pieno diritto dall'atto notarile, che non potrebbe esistere se non a condizione di essere stata consentita ed espressamente convenuta, ne segue che mantenendo l'ipoteca giudiziaria come risultante dalla ricognizione, mercè sentenza, delle firme apposte ad un atto privato, è accordato ad un atto giudiziario, che in definitiva tien luogo di atto notarile, una sicurezza speciale che in principio à voluto ricusare all'atto notarile istesso.

Aggiungiamo che sotto un altro punto di vista, la disposizione presenta gravissimi inconvenienti che han colpito il legislatore medesimo, ed alcuni de'quali sono stati se non corretti, almeno temperati da una legge del 3 settembre 1807. Ma ritorneremo su questo argomento occupandoci delle condizioni a cui l'ipoteca giudiziaria può opporsi a'terzi (v. *infra*, n° 597). Prima di ciò, dobbiamo, dopo aver indicate le fonti dell'ipoteca, precisarne il carattere e la estensione.

III.—590. L'ipoteca giudiziaria à di comune con l'ipoteca legale che, cioè, deriva *di pieno diritto* dall' atto a cui è annessa. Per tal modo, alla stessa guisa che l' ipoteca legale deriva di pieno diritto dalla legge che la consacra indipendentemente da ogni convenzione, similmente l'ipoteca giudiziaria deriva di pieno diritto dalle sentenze o atti giudiziari suscettibili di conferirla. L' ipoteca risulta dunque dalla sentenza o dall'atto giudiziario, ancorchè non vi sia dichiarata o anche menzionata, gli è un effetto legale di cui il creditore non potrà al certo trar vantaggio senza l'adempimento di certe formalità (v. *infra*, n° 595 e seg.), ma che non lascia di esistere in principio, indipendentemente da ogni manifestazione esteriore. Le parti medesime non vi possono nulla mutare con le loro convenzioni; e sotto questo rapporto, la Corte di Brusselle à giudicato con una perfetta esattezza che colui il quale, in giudizio si riconosce debitore, ma si riserba che i suoi beni non sien gravati d'ipoteca, fa una riserva inutile, giacchè la sentenza che dichiara l'esistenza del debito produce necessariamente l'ipoteca giudiziaria (3). Non v'à nulla di contrario a ciò in altre decisioni più recenti, dalle quali risulta che degli arbitri possono dar atto alle parti del loro consenso di non lasciar prendere su'beni della parte condannata alcuna iscrizione prima dello spirar di un certo termine stabilito (4). Che se i giudici o gli arbitri non possono, anche col consenso delle parti, distruggere la sanzione che, *in un interesse pubblico* si affigge di pieno diritto alle loro decisioni alme-

(1) V. Tolosa, 30 ag. 1842, Cass. 6 gen. 1843 (Dev. 43, 1, 188, 2, 545,) — lunge, Poncet (Delle Sent. §. II. n, 337 e seg.). — V. tuttavia Solon (Rep amm. e giud. §. III. p. 337). — V. pure Persil (art. 2123, n 3).

(2) Tolosa, 14 feb. 1821. — V. pure Grenier (§. 1, p. 197), Persil (art. 2123, n. 6).

(3) V. Brusselle, 9 gen. 1807. — V. pure Besançon, 22 giug. 1809.

(4) Orleans, 13 feb. 1834, Req. 20 giug. 1834 (Dall. 34, 1, 251).

no impedisce che diano atto di una convenzione che, *in un interesse affatto privato*, porrà quella delle parti che otterrà la condanna nella necessità, non di perdere il diritto ipotecario risultante dalla sentenza o di rinunciarvi, ma semplicemente di differirne lo esercizio per un periodo di tempo convenuto.

591. L' ipoteca giudiziaria risultando di *pieno diritto* dalle sentenze dovea esser *generale*, poichè il principio della *specialità* è stato applicato solo alle ipoteche precedenti dalla convenzione (v. *supra*, n° 332): il nostro art. 2123 et dice, in fatti, che l'ipoteca giudiziaria « può esercitarsi *sugli immobili attuali del debitore e su quelli che potrà acquistare*.., » In ciò ancora l'ipoteca giudiziaria è assimilata dalla legge all'ipoteca legale. Ma sotto questo rapporto altresì la legge è stata vivamente censurata, non solo dagli avversari del principio stesso dell'ipoteca, ma da molti di coloro che l'accettano come una giusta sanzione reclamata dalla necessità di fortificare l' autorità della cosa giudicata: sotto un regime, dicesi, che pone per principio la specialità dell'ipoteca su'beni presenti, e non ammette ipoteca convenzionale sui beni futuri che in un caso eccezionale (*v. infra*, art. 2130, 2131), non bisognerebbe dare maggiore estensione all'ipoteca giudiziaria, sotto pena di veder l'eccezione preferita alla regola.

Tuttavia, la censura e l'obbiezione sono esse ben ponderate? Noi nol crediamo. Lo si è detto con ragione: se l'ipoteca dovesse esser ristretta dalla sentenza, i giudici, anche ammettendo che il debitore possedesse beni presenti a sufficienza, sarebbero ben sovente esposti a cadere in gravi errori pregiudizievoli al creditore, massime a fronte delle disposizioni della legge che dispensano dalla pubblicità certi diritti di preferenza. Avrebbero indubitatamente de'mezzi di valutazione in quanto al credito per sè stesso; ma in quanto riguarda la estimazione del libero valore del bene sarebbe d'un'impossibilità assoluta che potesse decidere con cognizion di causa; e quand'anche, per determinare questo valore, si trovasse nella legge o ne'documenti prodotti una base fissa, quale la contribuzione fondiaria, i prezzi di vendita o gli affitti, come mai i giudici potrebbero conoscere la situazione ipotecaria del debitore il quale può esser gravato d'ipoteche esenti da iscrizione o da privilegi? Come ancora, ammesso che questi oneri dello immobile fossero pubblici, potrebber mai i giudici assicurarsi che al momento in cui pronunciano la sentenza e specializzano sul tale immobile la ipoteca risultante dalla loro sentenza, un altro tribunale non pronunzi altrove una condanna producente essa medesima un' ipoteca che graviterà specialmente su'medesimi beni (1)?

Era dunque ragionevole e giusto che l'ipoteca giudiziaria fosse dichiarata generale per principio come l' ipoteca legale, purchè, come questa, in certi casi in cui il pegno fosse manifestamente fuori proporzione con la garentia dovuta, essa potesse venir ricondotta alla regola della specialità; e tantosto vedremo che questa modifica è stata consacrata dalla legge.

592. Detto ciò sul principio stesso della generalità non ci faremo mica ad insistere sulle sue applicazioni. — L' ipoteca giudiziaria è generale alla stessa guisa dell' ipoteca legale. Trattando della estensione di quest'ultima ipoteca abbiam dunque indicato e risoluto parecchie difficoltà che si presentano egualmente qui, e per conseguenza ànno già ricevuta la loro soluzione. Così l' ipoteca giudiziaria grava forse su beni immobili diversi da quelli acquistati dal debitore medesimo? Subisce essa o no le modalità da cui la proprietà può essere affetta nelle mani di quest' ultimo? Si affigge forse, in quanto a beni presenti, agl' immobili dipendenti da una società di cui il debitore fa parte al momento della condanna? Ed in quanto a' beni futuri, come agisce essa ne' casi di permuta o di ricompra? ecc. Su tutti questi punti non possiamo che riportarci a ciò che si è detto più innanti (V. n° 510, 511, 512, 514, 515, 516), tanto maggiormente che molte decisioni che abbiamo avuto l'occasione di valutare sono intervenute, come abbiam fatto notare, precisamente in occasione della ipoteca giudiziaria.

Ma ecco delle applicazioni particolari alla ipoteca giudiziaria, ed alle quali conviene soffermarsi.

593. Si è domandato se la generalità dell' ipoteca risultante da una sentenza è tale che, pronunziatasi la sentenza contro il marito, debba l' ipoteca colpire i conquisti della comunione e seguirli anche dopo lo scioglimento della comunione nelle mani della moglie accettante, nella cui quota fossero ricaduti. È nata su di ciò, tra gli antichi autori, una controversia che ritroviamo ancora negli scritti degli autori moderni, tuttochè tenda a svanire.

(1) V. le Osservazioni della Facoltà di dritto di Poitiers (Doc. ip. §. III, p. 280, 281).

Da un canto, il Pothier la cui dottrina è stata seguita a'nostri tempi dal Delvincourt, e per poco dal Troplong, faceva distinzione tra il caso in cui erasi ottenuta la condanna contro il marito per un debito da lui contratto durante il tempo della comunione e quello in cui la condanna aveva avuto per oggetto un debito anteriore al matrimonio. Nel primo caso, diceva, l'immobile di comunione, tuttochè ricaduto alla moglie con la divisione, riman pur sempre sottomesso all'ipoteca, chè il marito, padrone della comunione, à potuto alienare ed ipotecare, e la moglie, accettando la comunione, è reputata aver partecipato a tutto ciò che à fatto il marito; nel secondo caso, l'ipoteca colpisce ben tutti gl'immobili della comunione finchè essa esiste, ma una volta sciolta, l'ipoteca si restringe a'beni del marito, chè con la divisione il marito vien reputato non aver avuto proprietà in suo nome personale che sulla parte a lui devoluta (1).

D'altra banda, si sosteneva, al contrario, che l'ipoteca risultante dalla sentenza pronunziata contro il marito per uno de'suoi debiti divenuto debito della comunione si affiggeva in tutti i casi ai conquisti e li seguiva nelle mani della moglie, anche dopo la divisione (2). Si è l'opinione che prevale oggidì. Troplong che sen era discostato nel suo Commentario su'*Privilegi ed ipoteche* (ove riproduce la distinzione del Pothier e ne approva le decisioni), vi è ritornato nel suo Commentario sul *Contratto di matrimonio*. In fatti, in quest'ultima opera, egli fa distinzione tra il caso in cui si tratta di *un debito del marito anteriore al matrimonio, debito mobiliare che è entrato nella comunione*, e quello in cui si tratta di un debito di cui la comunione non è tenuta, sia perchè è immobiliare, sia perchè i debiti non sono stati messi in comunione col contratto di matrimonio; e, nel primo caso, il solo che ci riguardi dal punto di vista della nostra quistione, l'eminente giureconsulto insegna « che il debito è divenuto debito della moglie, poichè è debito di comunione; che, come è entrato nella comunione co'suoi accessorii, ne segue che l'ipoteca generale, che l'à seguito sui conquisti, è tanto l'ipoteca della moglie quanto l'ipoteca del marito, e che quindi è incancellabile dalla quota della moglie che dove ponderla per sua ». Così la pensano oggi la maggior parte degli autori (3).

Dopo le osservazioni che abbiam presentate sulla quistione se la moglie anche accettante conservi la sua ipoteca su'conquisti della comunione, ed a fronte de' principii sulla cui autorità poggia la nostra soluzione (*v. supra*, n° 524 e seg.), si comprende che non possiamo esitare a conformarci eziandio a quest'ultimo partito. A dir vero, la quistione si trova virtualmente in questo senso risoluta nelle osservazioni a cui rinviamo il lettore. La moglie che eccepisce la sua qualità *di creditrice rispetto* a' creditori co' quali è in lotta, che non può trovare se non in questa qualità il dritto che à di reclamare il beneficio della sua ipoteca legale anche su' conquisti, non potrebbe impedire che coloro che han pure la qualità di creditori del marito e della comunione gliela oppongano e la eccepiscano contro di lei. Appunto perchè tanto i conquisti quanto i proprii del marito son la garenzia de' creditori ipotecarii della comunione può la moglie agire ipotecariamente pel ricupero delle sue riprese, ossia di ciò che costituisce il suo credito. Gli altri creditori ipotecarii che ànno per obbligati il marito e la comunione ad un tempo non fan dunque che usare, pel loro proprio credito, del dritto di cui ella medesima usa pel suo, allorchè seguono fin nelle sue mani lo immobile cui un'obbligazione preesistente del marito o una condanna contro di lui pronunciata aveva gravato di un dritto reale in loro favore. In pochi detti, tra la moglie che agisce pel ricupero delle sue riprese ed i terzi provveduti di un dritto reale che agiscono pel ricupero di un debito di cui il marito e la comunione eran tenuti verso di essi, v'à una qualità comune, quella di creditore; il dritto che ne risulta si risolve sempre a favore di colui che si trova allogato in un grado da primeggiar l'altro.

594. Si è pur domandato se la regola della generalità prevale eziandio nel caso in cui il debitore contro il quale si è resa la sentenza avesse contro di lui un titolo autentico esecutorio, ed anche quando questo titolo conferisse al creditore un'ipoteca convenzionale. Che il creditore che ha titolo e-

(1) Pothier (Com. n. 753 e 754) — Iunge. Duplessis (Della Com. lib. 1. p. 408, nota). — V. pure Delvincourt (§. III, p. 65) e Troplong. Priv. ed ip. n. 436 ter).

(2) V. Bourjon (Dritto comm. della Francia 3. part. cap. 7 n. 9), Lebrun (Com. lib. 2, cap. 3, sez. 3, n. 19).

(3) V. Troplong (Contr. di matr. n. 1676), Toullier (§. XIII. n. 263), Duranton (§. XIV. n. 498), Odier (Contr. di matr. § I n. 567), Berthauld (Dell'ipoteca leg. del e don. mar. n. 66 e seg.).

secutorio possa citare il suo debitore ed ottener contro di lui una sentenza d'onde risulterà l'ipoteca, ciò non può esser messo in dubbio. È ben vero che in questo caso il creditore potrebbe eseguire sui beni del suo debitore, in virtù del titolo soltanto; ma questo titolo non gli dà un dritto di preferenza. Pertanto, la sentenza ch' egli attende e che gli conferirà l'ipoteca il cui effetto è precisamente di creare questa causa di preferenza gli è necessaria, e niuno potrebbe contestargli il dritto che à di convenire in giudizio all'uopo di ottenerla: or una volta pronunziata la sentenza è chiaro che l'ipoteca ne risulta di pieno dritto con quel carattere di generalità che è la prerogativa che essa tiene dalla volontà del legislatore.

Ma se il titolo autentico conferisce già un' ipoteca convenzionale, che è speciale, il creditore verso cui il debitore non si sarà liberato ritirerà egli dalla sentenza di condanna che avrà ottenuta una ipoteca generale, indipendentemente dall' ipoteca speciale dal suo titolo conferitagli? Ovvero, se il debitore à promesso con atto privato un' ipoteca sul tale o tal altro immobile determinato con obbligo di effettuar la promessa con atto autentico, il creditore che avrà citato il debitore, per non aver questi adempita la sua obbligazione, acquisterà forse con la sentenza di condanna un' ipoteca non solo sugli immobili determinati, ma altresì su tutti gli altri immobili presenti e futuri del debitore? Questi diversi punti sono stati più volte sottomessi a' tribunali, e la soluzione ne è stata sempre la stessa. Gli è che a dir vero non v'à dubbio serio a fronte d'una disposizione assoluta come quella dello art. 2123. Questo articolo esprime chiaramente che *ogni sentenza*, contraddittoria, contumaciale, deffinitiva, o provvisoria, produce l'ipoteca giudiziaria che è *generale*, e niuno de' termini dello articolo ne esclude l'applicazione nel caso in cui esista una convenzione con cui le parti han voluto regolare i loro dritti. Che queste convenzioni debbano sussistere e far legge tra' contraenti finchè non sono contestate, non è da porsi in dubbio. Ma se la parte che à promessa un' ipoteca ricusa di darla, se quella che si è obbligata sotto un'affezione ipotecaria speciale non paga alla scadenza, e se da tutto ciò sorgon delle contestazioni che menan le parti innanzi ai tribunali e vi ricevono una decisione, la situazione non è più la stessa; la decisione intervenuta costituisce un nuovo titolo che à i suoi effetti proprii; costituisce il titolo appunto d'onde risulta, per la volontà della legge, un' ipoteca generale; le convenzioni anteriori non posson nulla mutare a ciò: l'ipoteca generale risulterà dunque da questo titolo e sussisterà con l'ipoteca convenzionale stata data, o potrà prendere il posto di quella stata promessa; e se la posizione del debitore è peggiorata, è sua colpa: non può imputare che a sè stesso di essersi messo in difetto col non liberarsi alla scadenza o col non adempire la sua obbligazione (1).

Non vogliamo dire che, in questo caso più che in alcun altro dovrà d'altronde l'ipoteca giudiziaria necessariamente rimaner generale; essa non è, sotto questo rapporto, in miglior condizione dell' ipoteca legale, e come questa potrà esser ridotta, sia convenzionalmente, sia per sentenza, se v'à luogo. Ma ritorneremo bentosto su quest' argomento; è mestieri occuparsi in prima delle condizioni a cui l'ipoteca giudiziaria può opporsi a' terzi.

IV. — 595. Tuttochè risultante di pieno dritto dalle sentenze, l'ipoteca giudiziaria non esiste realmente che con l'iscrizione, in quanto senza iscrizione il creditore che à ottenuto sentenza non potrebbe eccepire la sua ipoteca contro i terzi. In ciò l'ipoteca giudiziaria differisce dall' ipoteca legale della moglie, del minore e dell' interdetto. Indubitatamente, tutte le ipoteche son soggette ad iscrizione; il principio è fermato in un modo generale nello art. 2134, e quindi per l'ipoteca legale come per le ipoteche convenzionali e giudiziarie. Ma lo art. 2135 modifica il principio in favore della donna maritata, del minore e dello interdetto; con una eccezione tutta speciale e favorevole, permette che la loro ipoteca esista indipendentemente da ogni iscrizione: gli è che in effetti essi sono in un tale stato di subordinazione e di dipendenza rispetto a coloro che amministrano per essi, e contro i quali han quindi d'uopo della loro ipoteca legale, che la protezione della legge sarebbe stata incompleta se, nel mentre che lor dava questa garenzia, non avesse agito da sola per assicurarne loro lo esercizio (v. *supra* numeri 423 e 466). Non è però così de' creditori il cui dritto ipotecario risulta dalla sentenza che hanno ottenuta. Costoro, al pari di coloro a' quali fossesi

(1) Rig. 4 apr. 1808. 29 apr. 1823, 20 apr. 1825 Cass., 15 dec. 1824. Nimes. 5 genn. 1831 (Dev., 31, 2, 84) V. puro Grenier (t. 1. n. 185), Troplong (n. 437 *bis*), Merlin (v. Til. conferm.), Zachariae (p. 155. nota 12). V. ancora Parigi, 22 nov. 1853 (Dall. 27. 2. 171).

conferita un' ipoteca con la convenzione, son pienamente indipendenti rispetto al loro debitoro; possono agire, sia da sè stessi, sia, se sono incapaci, per mezzo della persona che li rappresenta, per l'esecuzione della sentenza che ànno ottenuta, o per la conservazione dell'ipoteca, che vi si affigge accessoriamente; e non v'era eccezione a fare in favor loro. Il principio dello art. 2134 sussiste adunque a loro riguardo, o la loro ipoteca non esiste rispetto a' terzi se non a condizione della iscrizione.

Noi non dobbiamo qui occuparci *del modo della iscrizione;* gli è un punto regolato dalla legge in un capitolo speciale che vi consacra (v. *infra*, art. 2146 e seg.); non dobbiamo tampoco occuparci dello effetto della iscrizione; ciò ancora è regolato dalla legge, in un modo generale, nello art. 2134 (v. *infra* il commentario di questo articolo). Tutto che abbiamo a dire qui della iscrizione à per unico oggetto di precisare l'istante in cui può esser presa dal creditore a favor del quale è intervenuta la decisione d'onde risulta l'ipoteca.

A tal riguardo è mestieri fare una distinzione tra il caso in cui l'ipoteca giudiziaria risulta da una sentenza propriamente detta e quello in cui risulta dagli atti giudiziarii che il nostro articolo indica sotto la qualifica di ricognizioni o verifiche, fatte in giudizio, delle firme apposte ad un atto privato.

596. Nell'antica giurisprudenza e secondo l'ordinanza del 1667, titolo 35, art. 11, le sentenze rese all'udienza, ci dice il Pothier (1), producevano ipoteca dal dì in cui eran pronunciate; quelle rese contumacialmente e quelle rese in pendenza della lite, dal dì soltanto in cui erano state notificate al procutore. Lo appello interposto, sospendendo lo effetto della sentenza contraddittoria, sospendeva eziandio l'ipoteca; ma in caso di conforma, il dritto reputavasi acquistato dal dì della sentenza, e non solamente dal dì dello arresto confermativo; ed in caso d'invalidamento, se lo invalidamento era solo parziale nel senso che la condanna fosse ridotta ad una somma minore, l'ipoteca era ridotta proporzionalmente ed aveva luogo egualmente dal dì della sentenza, avendola lo arresto d'invalidamento lasciata valida nella misura delle condanne mantenute: infine, l'opposizione alle sentenze contumaciali agiva alla stessa guisa dello appello in rapporto alle sentenze contraddittorie.

V'à tra lo stato attuale delle cose e quello che descrive il Pothier qualche notevole differenza. Innanzi tutto, la sentenza dà ben luogo all'ipoteca, la quale esiste per principio in virtù della sentenza; in questo senso, si può ben dire ancora che la sentenza produce ipoteca da sè stessa: ma, lo abbiamo già fatto notare, e vi insisteremo nella sezione seguente, quest'ipoteca non esiste utilmente e non prende grado rispetto a' terzi se non dal dì della iscrizione presa dal creditore su' registri del conservatore, nella forma o nel modo indicati dalla legge (v. *infra*, art. 2134). La quistione non è più dunque di sapere da qual giorno la sentenza produce ipoteca; consiste più particolarmente nel decidere da qual giorno può prendersi la iscrizione che deve dar la sua efficacia all'ipoteca. Ma qui non ritroviamo nel Codice la distinzione indicata dal Pothier o riprodotta dall'ordinanza del 1667 tra le sentenze contraddittorie e le sentenze contumaciali. Essa era nel primitivo progetto del Codice, ove un articolo disponeva che *le sentenze contumaciali* non produrrebbero ipoteca *se non dal dì della loro notificazione;* ma questo articolo è stato soppresso, e ci rimane il nostro art. 2123, secondo cui l'ipoteca giudiziaria risulta dalle sentenze, *sia contraddittorie, sia contumaciali,* provvisorie o definitive, in favor di colui che le à ottenute. Se il dritto ipotecario nasce dunque per principio dalla sentenza medesima, se nasce dalla sentenza contumaciale del pari che da quella contraddittoria, gli è a dire che, in tutt'i casi, l'iscrizione potrà prendersi a partir dalla sentenza, senza che faccia uopo attendere che sen sia fatta la notifica, nè tampoco che sieno spirati gli otto giorni durante i quali è sospesa la esecuzione delle sentenze non esecutorie provvisionalmente (Codice di procedura, art. 450). È vero che, nel sistema del Codice di procedura, la notificazione della sentenza è una formalità che deve precedere la esecuzione (art. 147 e e 155); ma la soluzione non à nulla di contrario a questo principio in quanto la iscrizione ipotecaria è un atto *puramente conservatorio* e non un atto di *esecuzione*. Laonde la giurisprudenza e la dottrina ànno ammesso invariabilmente che, sia risulti da una sentenza contraddittoria (2), sia risulti da una

(1) V. Pothier (Dell' Ip. cap. 1. art. 2. n.° 24 e 25).

(2) V. Cass, 29 nov. 1824; Tolosa, 27 mag. 1830; Rig. 19 giug. 1833 (Dev. 25. 1. 132. 31. 2. 30. 33. 1. 641). — V. pure Persil (Quist. § 1. p. 289, ed art. 2123. n. 30). Grenier (n. 191), Delvincourt (§. III. p. 526), Merlin (v° Ip. sez. 2. § 2. art. 3). Battur (I II. n° 327) Duranton (§ XIX. n. 338). Troplong (n. 443 bis e seg.).

sentenza contumaciale (1), l' ipoteca è validamente iscritta, tuttochè la sentenza non sia stata ancora nè spedita, nè registrata, nè notificata, ed anche, in quest' ultimo caso, prima dello spirar degli otto giorni dalla notificazione.

Ma se la sentenza contraddittoria o contumaciale è impugnata per via di appello o per opposizione, la sorte dell' ipoteca è regolata secondo le distinzioni indicate dal Pothier. È chiaro, innanzi tratto, che l' opposizione o lo appello non impedirebbe al creditore che à ottenuta la sentenza di prendere la sua iscrizione ipotecaria (2); i motivi che determinano la soluzione precedente si riproducon qui e la giustificano: solamente l' efficacia della iscrizione è subordinata allo evento.

Qualora la sentenza è riformata sull' opposizione o sullo appello, l' ipoteca svanisce necessariamente, ed appunto perciò l' iscrizione che ne à manifestata l' esistenza è come non avvenuta; è necessario tuttavia che la decisione riformatrice contenga una disposiziono che ordina la radiazione della iscrizione, senza di che il conservatore sarebbe autorizzato, dallo art. 2157, a ricusare di operare la radiazione, salvo che il creditore che avesse ottenuta la sentenza riformata vi consentisse.

Se poi la sentenza è confermata, l' ipoteca sussiste, e con essa sussiste l' iscrizione alla data in cui è stata fatta in virtù della sentenza confermata.

Infine se la sentenza non è confermata che in parte, l' ipoteca e la iscrizione non valgono che per la parte in cui la sentenza resta confermata; ma come l' ipoteca vale in virtù di questa sentenza, essa sussiste alla data della iscrizione presane (3).

597. In quanto alle ricognizioni e verifiche, in giudizio, di firme apposte ad un atto obbligatorio privato, il dritto non è più lo stesso, almeno dopo la legge del 3 settembre 1807, a cui abbiamo fatto testè allusione (v. *supra*, n° 589). Il creditore rispetto al quale il suo debitore si è obbligato con atto privato può, allo istante istesso in in cui è possessoro di quest' atto, agire per ricognizione o verifica di firma e senz' attendere che l' obbligazione sia scaduta o esigibilo. In ciò la legge è imprevidente; chè l' ipoteca giudiziaria può, in tal caso, non essero che il risultato di una sorpresa, o peggio ancora, secondo le osservazioni della Facoltà di Strasbourg. Pertanto, un creditore che non ottiene dal suo debitore un' ipoteca convenzionale che questi non volesse consentire, si farà sottoscrivere una ricognizione privata, indi farà sorgere una contestazione su di un particolare qualunque, e citerà per la verifica di firma questo debitore, che, avendo agito di buona fede, non avrebbe mai avuto il pensiere di negare, ed il quale confessa: e quando costui non avesse consentito a torre a prestito, forse, se avesse dovuto obbligarsi con affezione speciale di un solo do' suoi immobili, ecco che, col fatto, si trova aver accordata un' ipoteca generale che li colpirà tutti, non solo quelli che possiode, ma eziandio quelli che potrà acquistare. Così egualmente, un usuraio, speculando su' beni che un giovane è chiamato un dì a raccorre gli apre la sua borsa a condizione che il suo debitore riconoscerà in giudizio la firma che appone ad un atto privato; lo chiama in giudizio su di una contestazione simulata e ne ottiene una confessione di cui il tribunale gli dà atto: ed ecco che l' usuraio è venuto non solo a procurarsi una sicurezza cui la convenzione non avrebbe potuto dargli con la eguale estensione, ma a dissimulare ancora l' usura facendola, per così dire, consacrare con l' intervento della giustizia (4)!

Or ciò non è tutto; questi inconvenienti e questi pericoli, sì gravi per sè stessi, eran notevolmente aggravati dalla giurisprudenza, a cui d' altronde il senso apparente della legge dava il più solido appoggio. Ne' termini del nostro art. 2123, non v' à distinzione a fare tra le sentenze onde qui si tratta e le sentenze che portano condanna; l' ipoteca giudiziaria risulta di pieno dritto dalle une o dalle altre indistintamente; di tal che la iscrizione ipotecaria potendo prendersi a partir dalla sentenza che dava origine all'ipoteca, accadeva che il soscrittore d'un atto privato poteva esser gravato d' ipoteca in tutt' i suoi beni presenti e futuri prima della scadenza o dell' esigibilità del debito. Pertanto l' ipoteca poteva affiggersi a' suoi beni quando il creditore non aveva neppur contro di lui una vera azione giudiziaria! Erasi invano protestato, in origine, contro

(1) V. Riom, 6 mag 1809, Rouen 7 dec. 1812 e 27 mag. 1831, Parigi. 23 lug 1840 (Dev. 34 2. 579 e 40. 2. 420). V. pure gli autori citati nella nota precedente. lungo: Favard (§ V. n. 917), Chauveau su Carrè (qui-t. 803). — V. tuttavia Carrè (ivi), Pigeau (§. 4, p. 113).

(2) Bordeaux, 22 ag. 1834 (Dall. 35, 2. 123).

(3) V. Aix, 7 feb. 1836 (Dall. 36 2. 145). V. pure Maleville (art. 2123, p. 267) Dalloz (v. Ip. p. 173, n. 11).

(4) V. le Osservazioni della Facoltà di dritto di Strasbourg (Doc. Ip. § III, p. 284. 285).

un' esagerazione sì gravemente contraria ai dritti del debitore. Invano erasi opposta una dichiarazione del 2 gennaio 1717, che, nei suoi termini, sembrava condannarla. La giurisprudenza rispondeva che la dichiarazione, vietando questa prematura azione, aveva creata una eccezione nello interesse del commercio, in forza del favore speciale dovutogli, e, ricusandosi a generalizzare le disposizioni, decideva invariabilmente che il portatore di un biglietto privato, sottoscritto da un particolare *non commerciante*, poteva, *anche prima* della scadenza di questo biglietto, non solo farne riconoscere la firma, ma prendere eziandio, in virtù della sentenza di ricognizione, una iscrizione ipotecaria su' beni del suo debitore (1).

Ma il legislatore è intervenuto, ed à fatto ciò che la giurisprudenza non aveva creduto poter fare. Ai termini dello art. 1° della legge di sopra citata del 3 settembre 1807, « Quando si sarà resa una sentenza su di una domanda di ricognizione di obbligazione privata, formata prima della scadenza o della esigibilità della detta obbligazione, *non potrà prendersi alcuna iscrizione ipotecaria in virtù di questa sentenza, che in mancanza di pagamento dell' obbligazione dopo la sua scadenza o la sua esigibilità, salvo che vi sia stata stipulazione contraria* (2) ».

In questi termini, la legge resta ancora cogl' inconvenienti e co' pericoli che abbiamo rammentati ed inoltre presenta questo strano risultato, che un creditore munito d' un semplice atto privato è in una posizione più vantaggiosa d' un altro creditore provveduto d' un atto notariale, poichè il primo facendo anticipatamente verificare il suo titolo in giudizio, può, senz' aver ottenuto condanna propriamente detta, prendere iscrizione fin da che il suo credito è divenuto esigibile, facoltà di cui il secondo è all' intutto privato (3).

Ma infine la legge del 3 sett. 1807, generalizzando la dichiarazione del 2 genn. 1717, à corretto lo abuso a cui doveva menare il testo istesso del Codice, ed oramai è stabilito che se il creditore può, con anticipazione, far verificare in giudizio il titolo privato di cui è latore, non può almeno prendere iscrizione in virtù della sentenza di ricognizione finchè il debito non è *scaduto* o *divenuto esigibile*. Secondo ciò, si è deciso con ragione che la iscrizione presa da un proprietario su' beni del suo locatario, in virtù di una tale sentenza, vale soltanto pe' termini scaduti e non pe' termini a scadere (4).

Del resto, la legge del 1807 non è assoluta nella sua disposizione; fa una eccezione pel caso in cui v' à tra le parti una stipulazione contraria. Questa facoltà avrebbe dovuto, ci sembra, non esser lasciata alle parti; e non senza pericolo è stata loro riservata. Ma, infine, la legge è positiva; e se accade che la convenzione autorizzi la iscrizione dell' ipoteca, anche prima che il debito sia esigibile, il creditore potrà, per eccezione, prendere in tal caso iscrizione anticipata.

Indipendentemente da questa eccezione, il Persil ne addita una seconda: gli è, dic' egli, quando il debitore à scemato pel fatto suo le sicurezze che aveva date col contratto (5). Ma questa eccezione non è però tale; il caso sta anzi nella regola dalla legge fermata. Chè il debitore il quale, pel fatto suo, à scemato le sicurezze che aveva date col contratto perde il beneficio del termine, secondo lo art. 1188 del Codice Napoleone; il debito divien dunque esigibile. Or la legge del 1807 dichiara espressamente che il creditore può iscriversi in virtù della sentenza che à ottenuta, non solo dopo *scaduto* il credito, ma eziandio, il che non è lo stesso, quando è divenuto *esigibile*.

598. In tutt' i casi, e qualunque sia la natura della sentenza d' onde risulta l' ipoteca, l' iscrizione presane partecipa della generalità che è il carattere dell' ipoteca medesima, e non è limitata che dal bisogno amministrativo di avere delle circoscrizioni ipotecarie. In altri termini, l' iscrizione colpisce all' istante istesso tutt' i beni situati nel circondario dell' ufizio ove è presa, e gli immobili futuri a misura che il debitore ne fa lo acquisto. Il creditore non à dunque d' uopo di ripetere la iscrizione (salvo per gl' immobili situati nella circoscrizione territoriale della conservazione ove à avuto luogo) a ciascun nuovo acquisto che fa il debitore. Vedremo, nel nostro commentario dello art. 2130, che la è diversamente in quanto concerne l' ipoteca *convenzionale* de' beni futuri, eccezionalmente autorizzata da questo articolo. Ma, per l' ipoteca giudiziaria, è ammesso in dottrina ed in giurisprudenza che, salvo il caso in cui il creditore limitasse egli stesso lo effetto della sua iscrizione, per esempio se dichiarasse iscriversi sugli *immobili che il suo de-*

(1) Cas. 3 feb. 1806, 17 mar. 1807; Req. 15 gen. 1807.

(2) V. il testo della legge e la Esposizione de' motivi (Locrè, § XVI, p. 416 e seg.)

(3) Si è la osservazione della Facoltà di dritto di Parigi (Doc. ip. § III, p. 278, 279).

(4) V. Nimes, 25 febbr. 1829 (Dev. 30, 2, 42).

(5) V. Persil (art. 2123, n. 10).

bitore possiede al momento della sentenza (1), una sola iscrizione colpisce virtualmente tutti gli immobili situati nell' ambito dell' uffizio, non solo quelli che il debitore possiede al momento della sentenza, e che son colpiti allo istante istesso, ma eziandio quelli che acquista ulteriormente, i quali vengono ad allogarsi sotto l' ipoteca a misura degli acquisti (2). Il Tarrible soltanto à emessa un'opinione contraria, in appoggio alla quale invocava le disposizioni della legge degli 11 brumaio anno 7, che, dopo di aver detto nello art. 4 « che l' ipoteca giudiziaria può affettare solo i beni appartenenti al debitore al momento della sentenza », aggiunge, in un'altra disposizione dello stesso articolo, « che il creditore può eziandio, mercè *iscrizioni ulteriori*, ma senza pregiudizio di quello anteriori alla sua, far cadere la sua ipoteca *sui beni che ricadessero al suo debitore*» (3). Ma supponendo anche che, nel sistema della legge di brumaio, quest' ultima disposizione non si riferisse limitativamente a quella cui essa segue immediatamente, la quale à per oggetto l' ipoteca *legale*, e che potesse estendersi all' ipoteca *giudiziaria*, il che è poco probabile (4), è certo che, non solo il Codice Napoleone non à detto nulla di simile, ma à detto inoltre precisamente il contrario: da un canto, abbiamo il nostro art. 2123, in cui vedesi che il legislatore in luogo di restringere l' ipoteca giudiziaria agli immobili che il debitore possiede al momento della sentenza, la estende su tutti gli immobili presenti e futuri del debitore; dall' altro abbiamo lo art. 2148 in cui, fissando le enunciazioni che debbon farsi ne' borderò esibiti al conservatore per operare la iscrizione, il legislatore esprime che, quando si tratta di ipoteche legali o *giudiziarie* l' indicazione della specie e della situazione de' beni non è necessaria, chè una sola iscrizione, per queste ipoteche, colpisce, in mancanza di convenzione, *tutti gl' immobili compresi nell' ambito dello ufizio*. Non può dunque esservi alcun dubbio su tal punto, o convien dire che quando il creditore à preso, in virtù della sentenza da lui ottenuta, *una iscrizione su' beni presenti e futuri* della parte condannata, questa iscrizione si estende a tutti gli immobili che questa potrà acquistare in seguito nell' ambito dello stesso ufizio, senza che il creditore sia tenuto a prendere delle iscrizioni successive a misura degli acquisti.

599. Ciò posto, v' à ancora un corollario da indicare: gli è che de' beni futuri colpiti dall' ipoteca accade come de' beni presenti del debitore; son colpiti dal dì stesso in cui è iscritta la ipoteca. Indubitatamente, il pegno del creditore iscritto non può accrescersi di questi beni futuri che in proporzione degli acquisti; ma allo istante istesso in cui son fatti questi acquisti, l' iscrizione se ne impossessa e vi si affigge retroattivamente al dì in cui è stata presa. Si è talvolta preteso che l' ipoteca non possa effettuarsi se non al momento in cui i beni cui essa affetta sono entrati nel patrimonio del debitore, e che tutte quelle iscritte prima, poco monta in quale data, non avendo colpito i beni acquistati se non allo istante istesso, al momento dello acquisto, vi era luogo ad ammettere la concorrenza, come nel caso dello art. 2147, o di far venire tutt' i creditori iscritti prima dello acquisto in contributo. Ma la giurisprudenza à sempre eliminato, e con gran ragione, una pretenzione che la legge condanna, in fatti con le disposizioni più precise (5). L' iscrizione agisce per l' ipoteca giudiziaria alla stessa guisa che per l'ipoteca convenzionale; le dà il suo grado dal dì in cui è presa dal creditore su' registri del conservatore nella forma prescritta dalla legge; questa è la disposizione formale dello art. 2134. Lo art. 2147, il quale stabilisce la regola della concorrenza, non è contrario a ciò, poichè ammette questa concorrenza sol tra *creditori iscritti lo stesso giorno*. Non bisogna dunque parlare di questo articolo, ed invocarne la disposizione, quando i creditori che si trovano concorrenti sono iscritti in giorni differenti. Che riman dunque? Il principio puro che tra creditori la preferenza è regolata dalla data delle iscrizioni. A dir vero, gli immobili, nella nostra specie, non erano nel patrimonio del debitore al momento in cui sonosi prese le iscrizioni di cui si tratta regolar gli effetti; ma vi son venuti, o ciò basta, chè una volta fatta la iscrizione, è appunto perciò acquistato al creditore che l' à richiesta il dritto di profittare degli acquisti in preferenza di coloro che non s' iscrivessero che dopo di lui. Gli è questa una conseguenza tutta naturale de' principii che regola-

(1) Rig. 21 nov. 1827 (Dall. 28, 1, 29.

(2) Cass. 3 ag. 1819; Rouen. 22 mag 1818. Metz, 23 apr. 1823. Lione, 18 feb 1829, Parigi. 25 feb. 1835 (v. Dev. 35, 2, 209: Dall. 35, 2, 163) V. pure Merlin (Rep. v. Iscriz. Ipot § 5, n 12). Grenier (§ I, n. 185). Persil (art. 2148, § 5. n. 5). Zachariae (§ II, p. 165, nota 1). Dalloz (Rep. v. Ip p. 183, n. 10) Troplong (n. 436, 690, 691).

(3) V Tarrible (Rep. di Merlin, v. Iscriz. Ipot. § 5, n. 12).

(4) V. Duranton (§. XIX, n 340).

(5) V. Lione 18 feb. 1829, Caen 18 giug. 1835 e 5 apr. 1836 (Dev. 30, 2, 259, 2. 63).

no il dritto di preferenza: è malagevole comprendere che abbia potuto essere contrastata (1).

V. — 600. Ma se l'ipoteca giudiziaria è generale, e se, per conseguenza, l'iscrizione che la rende efficace prende, come abbiamo or ora dimostrato, lo stesso carattere di generalità, non è a dirsi che l'iscrizione debba necessariamente rimaner generale e che non possa esser ridotta in alcuna circostanza. Il legislatore non doveva, sotto pena d'inconseguenza, trattar l'ipoteca giudiziaria con più favore dell'ipoteca legale, quella ch'egli tiene per la più favorevole di tutte. E poichè questa, quando è eccessiva, può esser ridotta, secondo gli art. 2140 e seguenti di sopra commentati (v. n. 538 e seg.), non era possibile che la iscrizione dell'ipoteca giudiziaria rimanesse necessariamente generale e si estendesse a tutt'i beni presenti e futuri del debitore nello stesso caso: laonde lo art. 2161 ci dice che « quante volte le iscrizioni prese da un creditore che, secondo la legge, avrebbe dritto di prenderne su' beni presenti o su' beni futuri di un debitore, senza limite convenuto, saran portate su fondi differenti più di quel che sia necessario alla sicurezza de' crediti, l'azione di riduzione delle iscrizioni, o di radiazione di una parte in ciò che eccede la proporzione convenevole, è aperta al debitore. — Vi si seguon le regole di competenza stabilite nello art. 2159. — La disposizione del presente articolo non si applica punto alle ipoteche convenzionali. »

Malgrado la forma di disposizione che affetta, questo articolo, il ripetiamo qui dopo di averlo pec'anzi dimostrato (V. n. 559 e 572), è scritto specialmente in veduta delle ipoteche giudiziarie. Ciò è certo s'nostri occhi, sebben sembra che generalmente si pensi il contrario. Ed in prima, lo articolo non è fatto per le ipoteche *convenzionali*; lo dice esso stesso in un modo espresso nella sua disposizione finale. È forse fatto per le ipoteche *legali?* Esso non si applica evidentemente a quelle dello Stato, delle comuni e degli stabilimenti pubblici; non già, come dice il Persil(2), a causa della indeterminazione del credito garentito dall'ipoteca, ma perchè tutto qui è regolato da leggi speciali. Da una banda, v'à il decreto degli 11 termidoro anno 12, secondo cui i ricevitori degli stabilimenti di carità « non posson consentire radiazione di sorta, mutamento o *limitazione d'iscrizioni ipotecarie*, se non in virtù di una decisione speciale del consiglio di prefettura, presa su di una proposizione formale dell'amministrazione e sullo avviso del comitato consultivo stabilito presso ciascun circondario comunale; » dall'altra, v'à una legge del 16 settembre 1807, relativa all'organizzazione della Corte de' conti, il cui art. 15 dispone che « la Corte pronuncierà sulle domande di *riduzione*, di traslazione d'ipoteca; formate da contabili ancora in esercizio, o da quelli fuori esercizio i cui conti non sono definitivamente approvati, esigendo le convenevoli cautele per la conservazione de' dritti del tesoro. » Ed in quanto alle ipoteche legali delle donne maritate, de' minori e degli interdetti, sono egualmente escluse, per la ragione semplicissima (già indicata, v. *ivi*) che tutto ciò che concerne la riduzione di queste ipoteche essendo regolato dagli art. 2140 e seguenti, non faceva più mestieri occuparsene nello art. 2161.

Restan dunque le ipoteche *giudiziarie*; e se bisognasse aggiungere altre pruove a quelle di cui ci siamo avvaluti per dire che lo art. 2161 si riferisce a queste particolarmente, ne torremmo delle nuove alla discussione della legge in prima, ove si vede che il Grenier, presentando al Tribunato il suo Rapporto sul regime ipotecario, non si occupa di questo articolo che in occasione delle ipoteche giudiziarie (3); ed indi nel testo stesso dello articolo, in cui si vede che il legislatore parla della riduzione delle *iscrizioni*, espressione perfettamente esatta in quanto si tratta di ipoteche *giudiziarie*, le quali non esistono che mercè l'*iscrizione*; inesatta, al contrario, o insufficiente se si trattasse delle ipoteche *legali*, poichè fra queste ipoteche ve n'à di quelle che possono esistere e non essere *iscritte* (4).

Limitato in tal modo il nostro articolo ve-

(1) Berthauld, esaminando la quistione, trattata più innanzi (n. 593), se l'ipoteca giudiziaria de' creditori del marito il cui debito anteriore al matrimonio è caduto a peso della comunione, si estenda ai conquisti e se abbia precedenza sull'ipoteca legale della moglie, si pronuncia affermativamente su questi due punti, ma sul secondo, sembra indicare che l'ipoteca generale sarà acquisita al creditore del marito *dal dì in cui la comunione è stata proprietaria*, e ne conchiude che precederà l'ipoteca legale della moglie (*v. Dell' Ip. leg. della moglie, n. 11*). Noi diciamo che l'ipoteca giudiziaria sarà acquisita *dal dì della iscrizione*, o la conclusione dedotta dal Berthauld, in quanto alla quistione di preferenza, non è che più certa.

(2) V. Persil art. 2161, n. 5, — Inoltre: Battur (t. IV. n. 709), — Ma v. Dalloz (v. Ip. p. 455. n. 19).

(3) V. Locrè (§. XVI. p. 390 e 391), Fenet (t. XV, p. 497 e 498).

(4) Troplong, il quale considera lo art. 2161 come applicabile a tutte le ipoteche generali, e per conseguenza alle ipoteche giudiziarie e legali, cerca di conciliare questo articolo cogli art. 2143 e 2144. Secondo lo eminente giureconsulto, lo art. 2161 avreb-

diamo tutto ciò che concerne l'azione di riduzione ch' esso autorizza.

601. In pria dichiara che l'azione è aperta al *debitore*. Solo il debitore può dunque esercitarla; e di fatto, egli è solo interessato a far che parte degli immobili sia agravata dalle ipoteche che li affettano per intiero. Chi dunque, indipendentemente da lui, potrebbe avere interesse a ciò? I terzi acquirenti? Essi han la facoltà di purgare, il che libererà gli immobili e li farà passar liberi nelle loro mani. I creditori forse? Sì, per quelli che agissero ne' termini dello art. 1166 del Codice Napoleone; ma in tal caso essi sono il debitore medesimo, e possono domandare la riduzione come lui. In quanto a quelli che agiscono per loro conto per lo esercizio del loro dritto ipotecario, che lor monta che l'uno di essi abbia, sugli immobili gravati delle loro ipoteche, una iscrizione eccessiva? In diffinitiva, lo eccesso nella iscrizione non farà che il creditore prenda grado altrimenti che alla data di questa iscrizione, nè che sia collocato per somme superiori a quelle realmente dovutegli. Il debitore soltanto ha dunque interesse alla riduzione; a lui solo si appartiene di domandarla.

602. Ma nulla l'obbliga a procedere ad un tratto per la via giudiziaria: la riduzione d' iscrizioni eccessive può convenirsi amichevolmente tra il debitore ed il creditore; e la radiazione delle iscrizioni in ciò che eccede la proporzione convenuta dovrà, in tal caso, effettuarsi, purchè d'altronde questa radiazione sia stata consentita con atto autentico (v. infra, art. 2158). Indubitatamente non si appartiene alle parti di convenire tra loro che niuna ipoteca risulterà da una sentenza che esse provocano per assodare una controversia esistente tra loro; chè l'ipoteca è stata affissa alle decisioni giudiziarie in un interesse d'ordine pubblico (supra, n° 571 e 590). Ma l'ordine pubblico non à alcun interesse che l'ipoteca giudiziaria si mantenga nella sua generalità; e la pruova sta nel nostro articolo stesso il quale apre l'azione di riduzione delle iscrizioni. La riduzione può dunque esser convenuta amichevolmente. È stato anche deciso, e con molta esattezza secondo noi, che lo art. 900 del Codice Napoleone, secondo cui son reputate non iscritte nelle disposizioni tra vivi o testamentarie le condizioni contrarie alle leggi, non può utilmente invocarsi contro la clausola d'una donazione che abbia per oggetto di liberare (dallo esercizio di ogni dritto reale dal canto del donatario, e particolarmente dall'ipoteca giudiziaria che questi potesse un giorno ottenere) certi immobili appartenenti o al donante, o a' terzi incaricati di eseguire la liberalità (1). Soltanto la Corte di Parigi, da cui lo arresto emana, non à tenuto conto dello stato attuale delle cose quando à detto, per metter fuori causa l'ordine pubblico a nome del quale le si domandava la nullità della clausola; « che l'ipoteca giudiziaria era stata istituita, secondo i motivi del Codice Napoleone, perchè le sentenze ànno un carattere *che non permette di accordar loro minore effetto che a' contratti autentici.* » In ciò, lo arresto si esprime come se fossimo ancora sotto lo impero degli antichi principii o anche di quelli della legge di brumaio anno 7, sotto i quali, in effetti, la ipoteca giudiziaria si è introdotta come un corollario obbligato del punto di dottrina che faceva risoltare l'ipoteca dagli atti autentici (*supra*, n° 568). Oggi non è più il caso, poichè l'ipoteca che non risolta dagli atti autentici, risulta ancora dalle sentenze a cui stata annessa come una garentia di ordine pubblico. La Corte di Parigi, la quale a torto, dà qui de' motivi che indicano il contrario, à detto in pari tempo che l'ordine pubblico non è interessato *allo esercizio più o meno esteso dell' ipoteca giudiziaria.* Ciò solo è esatto, e ciò bastava nella specie, in cui si trattava, non della soppressione, ma soltanto della riduzione dell' ipoteca giudiziaria.

603. L'azione sarà dunque portata in giu-

be fatto pel creditore qualche cosa di più degli art. 2143 e 2144, in quanto in questi due ultimi articoli, il legislatore à avuto in mira la riduzione *dell'ipoteca istessa*, la restrizione *del merito del dritto*, mentre nello art. 2161 non prevede che la riduzione *del numero delle iscrizioni*, di tal che in certi casi la iscrizione può riprodursi se è necessario. Pertanto aggiunge il Troplong, nel caso dello art. 2161, l'ipoteca sussiste *sempre*, soltanto sia appiattata, non può manifestarsi apertamente, salvo a riapparire ulteriormente se vi fosse necessità assoluta (art. 2164 e 2131). Al contrario, nel caso degli art. 2143 e 2144, l'ipoteca è estinta e gli immobili son completamente liberati (Dei prir. ed ip. n. 747.) Noi non crediamo che questa spiegazione possa essere accettata. Da un canto, gl' immobili son completamente liberati, tanto nel caso dello art. 2161, allorchè è stata ridotta la *iscrizione*, quanto nel caso degli art. 2143 e 2144, allorchè la riduzione è caduta sull' *ipoteca* istessa. Dall' altro, il merito del dritto sia appiattato alla stessa guisa in ambo i casi, in questo senso che, nell' uno come nell' altro se accadesse che il pegno a cui il creditore è stato ridotto si perdesse o venisse deprezzato, il creditore avrebbe il soccorso del supplemento d' ipoteca, in applicazione di questo art. 2131 a cui il Troplong si riporta. (V. supra, n. 552 e 557).

(1) V. Parigi, 3 giug. 1856 (Dall 57. 2. 63).

dizio sol quando la riduzione non è consentita amichevolmente. Ma a quali condizioni vi potrà mai esser portato? Gli è mestieri, secondo il testo preciso della legge, che si trattasse d'iscrizioni prese da un creditore che avesse il dritto di prenderne su tutt' i beni presenti e futuri del debitore, adunque, se si trattasse d'ipoteche convenzionali, le quali sono necessariamente speciali e costituite da un atto che contiene la indicazione della natura e della situazione di ciascuno degli immobili su cui è consentita l'ipoteca del credito (art. 2129), non vi sarebbe luogo ad istituire l'azione, ed il nostro articolo lo dice positivamente nella sua disposizione finale. Per la qual cosa ancorchè l'ipoteca convenzionale cada su più immobili, il debitore direbbe invano che il pagamento del credito è garentito dallo aver egli lasciato nelle mani di un acquirente somma più che sufficiente per soddisfare il suo creditore; la sua domanda tendente a non far che l'iscrizione colpisca più altri immobili dovrebbe pur sempre venir eliminata (1).

È mestieri poi che il dritto del creditore di prendere iscrizione su' beni presenti e futuri del debitore sia intiero, e non limitato da convenzione di sorta: se fosse dunque intervenuta tra il debitore ed il creditore una convenzione secondo cui questi avesse consentito a ridurre le sue iscrizioni, costituendole su' tali o tali altri immobili, non vi sarebbe luogo all'azione; ed è ciò che risulta dalle espressioni *senza limitazione convenuta*, di cui si serve il nostro articolo: aggiungiamo d'altronde che, in questo caso, la iscrizione è stata resa speciale in qualche guisa dalla convenzione, il che rende applicabile la disposizione finale del nostro art. 2161 (v. *supra*, n° 556).

È uopo infine che le iscrizioni cadano su *più di quel che sia* necessario alla sicurezza de'crediti; se dunque l'iscrizione non cadesse che su di un solo *immobile* (chè la parola *fondo* di cui si serve la legge è, secondo tutti gli autori (2), l'equivalente della parola *immobile*), non vi sarebbe luogo ad istituir l'azione, per importante che fosse questo immobile, avuto riguardo al credito garentito.

604. Adempite queste condizioni non è ancor tutto. Gli è mestieri perchè l'azione sia accolta, o, in altri termini, perchè la riduzione sia pronunziata, che vi sia eccesso nelle iscrizioni.

Ma quando vi à eccesso? Lo art. 2162 cel dice in questi termini: « Son repotate eccessive le iscrizioni che colpiscono più fondi, quando il valore di un solo o di alcuni di essi eccede di più di un terzo in fondi liberi lo ammontare de'crediti in capitale ed accessorii legali. » Così, io ò ottenuto contro Paolo una sentenza che lo condanna a pagarmi una somma di 12,000 fr. Poi, ò preso, in virtù della sentenza, una iscrizione che colpisce tutti i beni presenti e futuri del mio debitore. Ma Paolo à due immobili, il cui valore è pel primo di 10,000 fr. e pel secondo di 6,000 fr. Egli mi cita per riduzione della mia iscrizione. La sua domanda dovrà forse accogliersi? No; chè i due immobili riuniti volgono ben 16,000 fr. il che equivale allo ammontare del mio credito di 12,000 ed al terzo di più. Ma la mia iscrizione non sarebbe eccessiva che quando il valore degli immobili gravati della mia ipoteca eccedesse *di più* di un terzo lo ammontare del mio credito in capitale ed accessori legali. Or qui, senza parlare neppure degli accessori legali del mio credito, la mia iscrizione colpisce degli immobili il cui valore raggiunge, ma non *oltrepassa* il terzo oltre il capitale.

Così pure, nella stessa ipotesi, se gli immobili di Paolo valessero ciascuno una somma di 10,000 fr. in tutto 20,000 fr., l'azione di riduzione che dirigesse contro di me dovrebbe mai accogliersi? Niente affatto. Qui la mia iscrizione colpisce ben degli immobili il cui valore riunito eccede di più di un terzo il mio credito di 12,000 fr. in capitale ed accessori legali; ma nessuno di questi immobili basta per sè solo a garentire il mio credito. Or la mia iscrizione non può esser ridotta in modo da non colpire che un immobile ed indi una parte dell'altro; fa uopo, secondo il testo positivo della legge, *che un solo o più immobili* eccedano di più di un terzo lo ammontare del mio credito, e che la riduzione tolga all'iscrizione degl'immobili che rimarranno essi stessi interamente liberi nelle mani del debitore.

605. Infine, la legge per far pronunziare la riduzione si attiene a fissare la proporzione in cui il valore degli immobili deve eccedere il credito garentito; essa dà altresì il modo di procedere alla valutazione: questo

(1) V. Grenoble, 3 gen. 1825 — V. pure Amiens, 24 marzo 1824. — lunge, Zachariae (§ II, pr. 184). Duranton (t. XX, n° 207, 208). Troplong (n° 749). — V. tuttavia Parigi 31 lug. 1813 e 29 apr. 1814. — lunge, Merlin (Rep. v° Rad. delle ip. n° 12), Grenier (§. I, n° 63). Battur (§. IV, n° 700).

(2) V. Merlin (Rep. v° Radiaz. delle ip. n° 14). Delvincourt (§. III p. 304) Persil (art. 2161, n° 7). Dalloz (v° ip. p. 435, n° 18). Zachariae (§ II, p. 185, nota 6). Duranton (t. XX, n° 209). Troplong (n° 770)

è l'oggetto dello art. 2165. Un mezzo si presenta naturalmente all'idea; quello della perizia; la legge tuttavia non vi si fissa; ha indubitatamente considerata la perizia come un mezzo troppo dispendioso nell'effettuarlo (1), e ne ha surrogati altri in sua vece.

Pertanto i giudici si atterranno in prima a stabilire la rendita degli immobili, e per ciò fare consulteranno, sia la matrice del ruolo della contribuzione fondiaria, sia la quota di contribuzione sul ruolo. Ma queste basi son poco sicure. La valutazione della rendita dichiarata dalla matrice del ruolo è più o meno inesatta, avendo la piupparte delle comuni proceduto in guisa da scemare la loro parte d'imposizioni; e le indicazioni del ruolo di ricupero, tuttochè men fallaci, son difettose ancora in quanto che la ripartizione delle contribuzioni è ben lungi dal procedere rigorosamente secondo il vero prodotto de' fondi. Perciò lo art. 2165 aggiunge che i giudici potranno giovarsi inoltre dei chiarimenti risultanti dagli affitti non sospetti, da'processi verbali di estimazione che han potuto redigersi precedentemente in epoche non lontane e di altri atti simili, e valutara la rendita alla ragione media tra i risultati di questi diversi ragguagli. Così stabilita la rendita, il valore giudiziariamente dato a'fondi sarà il prodotto dello ammontare di questa rendita moltiplicata per quindici per gli immobili non soggetti a deperimento, e di dieci per gl'immobili soggetti a deperimento. Se questo prodotto eccede di più di un terzo lo ammontare de' crediti in capitale ed accessori legali, l'azione di riduzione istituita dal debitore dovrà essere accolta; sarà rigettata nel caso contrario.

SEZIONE III.

Delle ipoteche convenzionali.

606. Infine l'ultima delle ipoteche enumerate nello art. 2116 è l'ipoteca convenzionale, quella che, secondo la distinzione dello art. 2117, dipende dallu convenzioni e dalla forma esteriore degli atti o de' contratti. Questa, a differenza delle ipoteche legale e giudiziaria, non à dovuto a difendersi, nel suo principio, contro ben serii attacchi. Non à avuto e non à potuto avere per avversarii se non coloro i quali han considerata l'ipoteca come una istituzione viziosa per essenza. Questo era, nel fondo, il pensiere del Portalis, quando, nella discussione generale a cui diede luogo il regime ipotecario al Consiglio di Stato, diceva che il sistema più semplice sarebbe di lasciare che ciascuno vegliasse da sè stesso a' propri interessi, e cercasse principalmente la sua sicurezza nella moralità di coloro coi quali contratta (2). Era questo ancora il pensiere della Corte di Lione, quando, nelle osservazioni che abbiamo già avuto l'occasione di citare (v. *supra*, 569 *in fine*), sul progetto del Codice, additava come il partito più giusto e più saggio da adottare il ritorno a que' primi tempi in cui tutti i creditori concorrevano sul prezzo degli immobili come su quello dei mobili; in cui il proprietario poco agiato vendeva il suo immobile come vendeva il suo diamante, la sua nave; in cui l'uomo agiato che non temeva sulle conseguenze d'un acquisto, nè sulle formalità da adempire per consolidarlo, comprava un immobile come un anello, sicuro di rivenderlo con la stessa facilità.

Ma tranne queste valutazioni puramente filosofiche, le quali d'altronde riflettono il regime ipotecario preso nel suo insieme, l'ipoteca convenzionale è stata generalmente difesa nel suo principio. La si è considerata come l'elemento di fiducia in tutt' i contratti, come la leva più possente per mettere in circolazione i capitali; ed a questo titolo, tutti gli sforzi della riforma, lungi dal tendere a sopprimerla, àn ricercato le combinazioni ed i sistemi più aggiustati per facilitarne il gioco o assicurarne gli effetti.

607. — A questo punto di vista ancora sonosi soffermati i redattori del Codice Napoleone. Le disposizioni che ànno emesse, in questo pensiere, son forse le migliori? Si deducono esse tutte esattamente dal principio che le domina? Le modificazioni e le riforme in diverse volte proposte sarebbero forse tali da dare ad un maggior grado, al contratto ipotecario, quella sicurezza che ne è la condizione essenziale? Son questi tanti punti che esamineremo nel nostro commentario. In quanto al presente, riferimiamo che questa terza causa d'ipoteca, appunto perchè tutto procede dalla convenzione, non poteva, come le due altre, esser regolata dalla legge senza un certo sviluppo. Pertanto, mentre che le sezioni di questo capitolo relative alle ipoteche legale e giudiziaria contengono, la prima due articoli, e la seconda uno soltanto, questa, relativa

(1) V. Merlin (ivi, § 18), Zachariae (§ II, p. 186, nota 8) Troplong (n. 771).

(2) V. Fenet (t. XV, p. 294, 295). Locrè (t. XVI p. 183, 184).

all' ipoteca convenzionale, ne contiene dieci (vi aggiungeremo gli art. 2163, 2164), cho il legislatore consacra a regolare successivamente la capacità necessaria allo effetto di consentire ipoteca (art. 2124, 2125, 2126), la forma del contratto ipotecario (art. 2127 e 2128) ed il carattere di questa ipoteca, ossia la sua specialità con le eccezioni fattevi, in prima al punto di vista del pegno ipotecario (art. 2129, 2130, 2131, 2133), indi al punto di vista del credito garentito (art. 2132, 2163, 2164).

2124 [2010]. — Non possono contrarre ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano (a).

SOMMARIO.

I La capacità all' uopo di costituire un'ipoteca convenzionale, o che l' ipoteca sia dato dal debitore medesimo, o che lo sia do un terzo, è subordinata ad una duplice condiziono.
II È uopo cho colui che da ipoteca abbia la facoltà di alienare la cosa ipotecata; la capacità si misuro qui sulla capacità di alienaro, non su quella di obbligarsi. Conseguenze: dell'ipoteca consentita dalle donne maritate, da minori emancipati o non emancipati, dagl' interdetti, dai prodighi. È essa nulla o soltanto annullabile o suscettiva di esser ratificata dopo cessata l' incapacità? Effetti della ratificazione — Del morto civilmente, prima della legge dei 2-31 maggio 1854; de condonnati a pene afflittive ed infamanti; del fallito, di colui che a fatto cessione di beni, di colui che è in istato di decozione, di colui i cui beni sono colpiti da pignoramento immobiliare.
III. Bisogna indi esser proprietario: — dell' ipoteca consentita sulla cosa altrui, sia che la cosa resti cosa altrui, sia che venga acquistata ulteriormente dal costituente, sia che si assuma la responsabilità pel proprietario; — dell' ipoteca consentita dal proprietario apparente.
IV. Continuazione — Di coloro che ànno soltanto un dritto di amministrazione o di godimento: — de' mandatarii, de' gerenti, degli amministratori o liquidatori di società; — de' mariti, de' tutori, degl immessi in possesso provvisorio de beni di un assente; degli usufruttuarii, de' locatari.

I — 608. L' ipoteca convenzionale, quasi sempre consentita dal debitore istesso, può non pertanto darsi da tutt' altri che da lui, come il Codice à formalmente detto del pegno nello art. 2077. Nulla in fatti impedisce che una persona, senza costituirsi fideiussore del debito d' un terzo, il che implicherebbe un' obbligazione personale dal canto suo, affetti ipotecariamente l' uno de' suoi immobili per cautela di questo debito. « Nulla può far rivocare in dubbio, dice giustamente il Tarrible, la validità d'una convenzione con cui un terzo consentisse che il suo immobile fosse ipotecato per la cautela di un debito straniero, senza che però avesso la intenzione di sottomettersi a pagare questo medesimo debito (1) ». Noi già abbiamo ciò indicato spiegando le disposizioni generali del nostro titolo (v. *supra*, n° 9); e la giurisprudenza à sanzionato queste obbligazioni, a cui ricusa soltanto, e con gran ragione, il carattere e gli effetti di una fidejussione propriamente detta (2). L'ipoteca convenzionale può dunque costituirsi, sia dal debitore medesimo per assicurare il rimborso del suo proprio debito, sia da un terzo per assicurare il pagamento del debito di un altro, anche senza che il costituente sia *personalmente* tenuto.

Ma, o che l' ipoteca sia stata costituita dal debitore, o da un terzo, è uopo necessariamente che colui dal quale emana la costituzione abbia avuto capacità per farla.

Or l' ipoteca essendo uno smembramento del dritto di proprietà (*supra*, n° 327), colui che costituisce un' ipoteca fa atto di alienazione, in quanto conferisce al creditore il dritto reale di seguir l'immobile nelle mani de' terzi, ed il dritto di far vendere l' immobile per esser pagato. Adunque, la capacità all'uopo di costituire ipoteca è subordinata ad una duplice condizione: è forza che il costituente sia proprietario della cosa ipotecata, e di più, che abbiala facoltà di disporne.

Ciò risulta dal nostro articolo, di cui dobbiamo presentare il commentario ne' due punti di vista che abbraccia.

II, — 609. Per poter conferire ipoteca è mestieri aver la facoltà di disporre della cosa ipotecata. Il nostro art. 2124 indica ciò chiaramente dicendo che « le ipoteche convenzionali non possono esser consentite se non da coloro *che àn la capacità di alienare* gli immobili che vi sottopongono. » Pertanto, ciò che esige qui il legislatore, non è una capacità qualunque, la capacità *di obbligarsi*, ma è una capacità specialmente determinata, la

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

(1) V. Tarrible (*Rep. di Merlin*, v. Ip., sez. 2, § 3, art. 6, n. 6).

(2) È stato notevolmente deciso, che colui il quale consente un affezione ipotecaria per cautela di un credito, senza obbligarsi al pagamento sussidiario, non essendo un fideiussore nel senso dello art. 2011 del Codice Napoleone, non può dimandare la sua esonerazione sulla base che la surrogazione ai dritti, a le ipoteche ed a' privilegi del creditore non può più, pel fatto di costui, operarsi in suo favore. Cas., 25 nov. 1812 e 14 ag. 1814 V. a tal riguardo il nostro commentario dello art. 2037, al titolo *Del fidejussore*.

capacità di *alienare*. L'ipoteca essendo un atto di alienazione, la disposizione della legge è perfettamente conseguente. Il Duranton à dunque scritto a torto « che in tesi generale, coloro che non possono obbligarsi validamente, non possono perciò stesso validamente ipotecare i loro beni (1); » da ciò s'inferirebbe, *a contrario*, che coloro all'opposto che possono obbligarsi validamente potrebbero perciò pure conferire ipoteca; ed in fatti vedremo di qui a poco (*infra*, n. 613, 614) che il dotto professore ragiona secondo questa induzione nelle applicazioni che fa del suo principio. Or essa manca di esattezza; chè sonovi delle persone (per esempio, il minore emancipato, il minore rappresentato da un tutore, la donna maritata separata di beni) che ànno un dritto di amministrazione ne' cui limiti le obbligazioni che contraggono sono perfettamente valide, ma le quali, non avendo la capacità di *alienare* i loro immobili, non avrebbero, per la egual ragione, secondo il testo preciso e positivissimo del nostro articolo, la capacità di *ipotecarli*. Noi stabiliamo dunque per principio ed in tesi generale che la capacità all'uopo di consentire ipoteche si regola (salvo rare eccezioni determinate dalla legge medesima, V. *infra* n. 612 e 633) sulla capacità di *alienare* e non su quella di *obbligarsi*.

610. Per la qual cosa, chiunque à la libera disposizione degli immobili di cui è proprietario vi conferirà validamente una ipoteca convenzionale, purchè d'altronde l'ipoteca sia costituita nella forma e nelle condizioni determinate dalla legge (*supra*, n. 322). Al contrario, colui il quale, sebbene proprietario di immobili, non avesse la facoltà di alienarli, non potrebbe affettarli ipotecariamente con una convenzione. La prima parte della proposizione si spiega da sè stessa e non à d'uopo di commentarlo; non è però così della seconda. Vediamo dunque in quali casi ed in quali circostanze la capacità civile è affetta al punto che colui che è proprietario non à tuttavia la facoltà di alienar la sua cosa e la facoltà correlativa di ipotecarla.

La capacità civile è più o meno affetta in parecchi casi che procedono da cause differenti. In taluni, l'incapacità civile rivela un pensiere di protezione: tal'è l'incapacità da cui son colpite le donne maritate, i minori, gli interdetti, i prodighi; in altri, l'incapacità prende il carattere, sia d'un'indegnità, sia d'una decadenza; tal è, da un canto, l'incapacità de' condannati a pene afflittive ed infamanti, e dall'altro, l'incapacità de' negozianti falliti, de' non negozianti in istato di decozione o di cessione di beni, e del proprietario i cui beni son colpiti da pegnoramento immobiliare. Lo esercizio del dritto di proprietà è più o meno inceppato per tutte queste persone. Sono esse prive della facoltà di ipotecare i loro immobili? Ciò appunto dobbiamo esaminare.

611. Le donne maritate possono conferire ipoteca in un solo caso; quando esercitano il commercio, purchè però, in questo caso, si tratti de' loro immobili che non sieno i loro immobili dotali. In effetti, lo art. 7 del Codice di commercio, limitando la disposizione troppo generale del Codice Napoleone dispone che « le donne commercianti possono obbligare, *ipotecare* ed alienare i loro immobili; e che tuttavia i loro beni stipulati dotali, quando son maritate sotto il regime dotale, non possono essere *ipotecati* nè alienati se non ne' casi determinati e con le forme regolate dal Codice Napoleone. »

In ogni altra circostanza la donna maritata non può *da sè sola* consentire ipoteca su'suoi beni immobili. Maritata altrimenti che sotto il regime dotale è governata a tal riguardo dallo art. 217 del Codice Napoleone, a' termini del quale « la donna maritata, anche non in comunione o separata di beni, non può donare, alienare, *ipotecare*, acquistare a titolo gratuito o oneroso, *senza il concorso del marito nell'atto*, o *il suo consenso per iscritto*. » Maritata sotto il regime dotale è governata, in quanto a' suoi parafernali, dallo stesso articolo; ed in quanto a' suoi beni dotali, dallo art. 1554, secondo cui « gli immobili costituiti in dote non possono essere alienati, o *ipotecati* durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi di accordo » salvo le eccezioni consacrate dagli art. 1555 e seguenti. — Ciò non vuol dire che gl'immobili della moglie non sieno suscettivi di essere ipotecati; diciamo soltanto qui che non possono esserlo per opera della moglie *soltanto*, salvo il discorrer che faremo dell'azione del marito(*inf.*, n. 633).

Non ci è forza insistere su questo punto nè su quelli che vi si rannodano, come, per esempio, se la facoltà di alienare riservata dal suo contratto di matrimonio alla donna maritata sotto il regime dotale produce o comprende quella di ipotecare, chè tuttociò si rallega più particolarmente ad un altro titolo del Codice, e queste qnistioni sono state discusse, in fatti, nel *Trattato del Contratto di Matrimonio* che abbiamo pubblicato col Rodière (2).

(1) V. Duranton (t. XIX, n. 343).

(2) V. *Trattato del Contratto di matrimonio* (t. I, n. 654, e seg.; t. II, n. 463 e seg., 500, 521, 522 e 782.

Aggiungiamo qui soltanto che l'affezione ipotecaria consentita dalla moglie, massime dalla moglie sotto il regime dotale, in opposizione a' divieti della legge, potrebbe impugnarsi, non solo da essa istessa e dal marito, ma ancora da' suoi creditori. La Corte di Tolosa à detto esattamente in questo senso, in un recente arresto, che il creditore il cui titolo è paralizzato da un'ipoteca costituita dalla donna maritata à il dritto di ricercare se l'ipoteca è stata legalmente poggiata sull'immobile il cui prezzo, a causa della qualità del suo titolo, è il pegno del pagamento del suo credito; e, sulla domanda del creditore, à dichiarata nulla ed inefficace l'ipoteca consentita dalla moglie, senza permesso del magistrato, su di un immobile dotale (1). Ciò si liga alla grave quistione se il dritto di impugnare l'alienazione indebitamente fatta di un immobile dotale è personale alla moglie o a' suoi eredi; e la soluzione emessa su tal punto dal Rodière nel su citato Trattato pubblicato con esso lui (2), trova un appoggio di più in questo arresto della Corte di Tolosa.

612. Il minore non à tampoco la facoltà di dare ipoteca; i suoi immobili possono ben essere ipotecati in certi casi e secondo delle forme determinate dalla legge; lo art. 2126 lo dice espressamente, e noi ritorneremo su tale argomento commentando questo articolo (*infra*, n.648 e seg.). Ma ciò che al presente dobbiamo assodare si è che il minore non avendo *personalmente* la capacità di *alienare* i suoi immobili, non à neppure *personalmente* la facoltà correlativa di *ipotecarli*. In tal punto accade del minore emancipato come del minore non emancipato: per principio, l'uno non à più libertà dell'altro (Confr. art. 457, 483, 484 del Codice Napoleone). V'à soltanto questa differenza tra essi che il minore emancipato può essere autorizzato a porsi in commercio, nel qual caso, se è stato autorizzato ne' termini dello art. 2 del Codice di commercio, può solo ipotecare i suoi immobili, secondo lo art. 6 dello stesso Codice. Notiamo d'altronde che questo articolo non toglie il minore emancipato commerciante dalla incapacità risultante dallo stato di minoretà, come lo art. 7 toglie la donna maritata pubblica commerciante dalla incapacità risultante dal suo matrimonio. Questa può da sè sola, in tal caso, non soltanto pegnorare ed ipotecare i suoi immobili, ma eziandio *alienarli*. Il minore emancipato non può, nello stesso caso, che pegnorare ed ipotecare i suoi; non potrebbe *alienarli*, secondo lo art. 6 del Codice di commercio, che seguendo le formalità prescritte dagli art. 457 e seguenti del Codice Napoleone: gli è uno de' casi eccezionali (enunciati più innanzi, v. n. 609) in cui la capacità d'ipotecare non è correlativa alla capacità di alienare.—Checchè ne sia, fuori del caso preveduto dallo art. 6 del Codice di Commercio, il minore emancipato ed il minore non emancipato, il ripetiamo, sono sulla stessa linea: sono entrambi egualmente incapaci di conferire ipoteca su' loro beni.

613. Secondo ciò, si può argomentare qual è il nostro avviso sulla quistione sovente agitata in occasione dell'ipoteca che avesse consentita il minore emancipato (e che può sorgere ancora in occasione dell'ipoteca che avesse conferita la moglie separata di beni senza autorizzazione del marito o del magistrato) per cautela delle obbligazioni da lui contratte entro i limiti del dritto di amministrazione che gli appartiene. Una simile ipoteca non è validamente costituita, e sen dovrà pronunciarsene la nullità, se lo incapace ne fa la domanda dopo cessata l'incapacità. Ben dicesi che il minore, essendo autorizzato ad obbligarsi ne' limiti del suo dritto di amministrazione, è appunto perciò autorizzato a dare delle cautele al suo creditore; che d'altronde l'obbligazione che contrae porta in sè stessa il principio d'un'alienazione, poichè, se il minore non paga, potrà essere spossessato de' suoi immobili in virtù del dritto di pegno generale stabilito dallo art. 2092; e che quindi non v'à alcun motivo di ricusargli il dritto di conferire un'ipoteca la quale, in definitiva, non conterrebbe in sè stessa nulla di più di ciò che conterrebbe l'obbligazione alla cui cautela sarebbe l'ipoteca data. Tale si è l'argomento del Duranton (3), il quale in ciò ragiona come abbiam fatto presentire poc'anzi (v. n.509), secondo una induzione logica tratta dal principio su cui à fatto poggiare l'incapacità ad effetto di costituire ipoteca. Ma, lo abbiamo detto, il punto di partenza è fallace: la capacità all'uopo di costituire ipoteca, ripetiamolo, è regolata, non sulla capacità di *obbligarsi*, ma sulla capacità di *alienare*. Lo art. 2124 è preciso a tal riguardo. Or questa capacità di alienare i suoi immobili, il minore emancipato non l'ha; e quindi non à tampoco la capacità all'uopo di ipotecarli. Che monta ora che, per l'effetto

(1) Tolosa, 26 feb. 1855 (Dev., 55, 611). V. pure Troplong (n. 462).

(2) V. *Trattato del Contratto di matrimonio* (t. II, n. 585).

(3) V. Duranton (t. XIX, n. 347).

dello art. 2092, un'alienazione eventuale sia contenuta in germe nell'obbligazione presa dal minore emancipato entro i limiti del suo dritto di amministrazione? In prima, è questa una minaccia che forse non si effettuirà mai, chè nulla assicura che il minore emancipato non sarà esatto ad adempire le sue obbligazioni; al contrario, l'affezione ipotecaria agisce immediatamente mercè la lesione che reca al credito del debitore. E poi è ben altra cosa la sanzione stabilita dalla sola volontà della legge in favore di ogni obbligazione di cui riconosce la validità (v. *supra*, n. 46); altro sarebbe la cautela dell'ipoteca che il minore emancipato desse da sè solo o con la sua azione diretta e spontanea; v'à qui un atto di libera disposizione, un consenso che emana dalla sola volontà del debitore; e questo debitore non può dare tal consenso in un modo valido che a condizione di esserne riconosciuto capace dalla legge. Il minore emancipato è forse in questo caso per la costituzione d'ipoteca? La pruova certissima che non vi è, è che lo art. 6 del Codice di commercio ha creduto doverv elo allogare eccezionalmente nella ipotesi che provede.

614. Alla stessa guisa terremmo per nulla l'ipoteca data dal minore per cautela di una obbligazione che fosse volta a suo vantaggio. Indubitatamente, se consideriamo l'obbligazione per sè stessa, facendo astrazione dalla costituzione d'ipoteca, diremo al certo col Toullier e col Troplong (1), che il minore è colpito da una incapacità assoluta e tale che il fatto stesso della sua minoretà stabilisce a suo riguardo una presunzione di lesione, d'onde deriverebbe per lui il diritto di domandare la nullità di tutti gli atti che avesse fatti senza l'autorizzazione del suo tutore; al contrario pensiamo, ed abbiam tentato di assodarlo altrove (2) conformemente alla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale del resto era stata preceduta dall'opinione della maggioranza degli autori (3), che convien far distinzione tra certi atti che il tutelare medesimo non avrebbe potuto fare senza le formalità abilitanti determinate dalla legge, e quelli in cui deve in generale rappresentare il pupillo; e che se i primi, fatti dal minore soltanto, debbono essere annullati a sua richiesta, senza che vi sia da stabilire una lesione qualunque, non è però così de'secondi che sono rescindibili, per essere stati fatti senza l'assistenza del tutore, sol quando il minore pruova di essere stato leso e di averne sperimentato un danno fin dal principio o per una conseguenza diretta.

Ma da ciò al dire che la costituzione d'ipoteca è nello stesso caso e che può annullarsi, v'à una distanza che non si potrebbe raggiungere. In questo ancora il Duranton è di un avviso differente (4) il che è una nuova deduzione e tutta naturale della regola che à fermata al punto di partenza. Tuttavia la regola essendo falsa, ed il principio essendo al contrario, che la capacità di ipotecare è correlativa alla capacità di alienare, è uopo conchiudere che la costituzione d'ipoteca nella specie è nulla; e sebbene l'obbligazione sussista, dovrà essere annullata sulla domanda del costituente, perchè è precisamente l'uno di quegli atti che il tutore istesso non avrebbe potuto fare senza lo adempimento di certo formalità abilitanti determinate dalla legge.

615. Infine colui il quale tuttochè maggiore è stato interdetto per causa di furore, di demenza o imbecillità, è, come il minore, a cui è assimigliato dallo art. 509 del Codice Napoleone, incapace di conferire ipoteca. — Lo stesso è a dirsi del prodigo, a cui è stato nominato un consulente giudiziario quando il tribunale, usando della facoltà datagli dallo art. 523, à vietato al prodigo di litigare, di transigere, di torre a prestito, di ricevere un capitale mobiliare e di rilasciarne cautela, di alienare nè di gravare i suoi beni da ipoteche *senza l'assistenza del consulente nominatogli*.

616. Pertanto, in questa prima classe di persone la cui capacità civile è affetta, vediamo che ad eccezione della donna e del minore emancipato, nel caso soltanto in cui sono autorizzati a stare in commercio, son tutti privi della facoltà d'ipotecare i loro immobili. Ciò vuol forse dire però che l'ipoteca che avesser data senza il concorso o l'assistenza dei loro mandatari legali, senza le autorizzazioni o le omologazioni richieste dalla legge, sarebbe nulla radicalmente o di pieno diritto? Noi nol pensiamo ed è ancora l'opinione generalmente

(1) V. Toullier (t. VI, n. 103 e seg.; t. VII, n. 575 e seg.) Troplong (*Della Vendita*, n. 166; *Delle Ipoteche*, n. 488 e seg. *Della fideiussione*. n. 71). — *longe*: Magnin (Minor., t. II, n. 1137,), Demante (*Progr.*, t. II, n. 782).

(2) V. *Riv. di legisl.*, t. XXI, p. 217 e seg.

(3) V. rig.; 18 giug. 1844 (Dall., 44, 1, 687; I. P., alla sua data; Dev., 44 1, 497). — V. pure Merlin *Quest.* v. Ip., § 4, n. 3), Proudhon (*Delle Persone*, t. II, p. 476 e 485). Delvincourt (t. II, p. 175). Duranton (t. X, n. 275 e seg., 378 e seg.) Zachariae t. II, p. 434, nota 7). Valette, su Proudhon (*ivi* p. 481). Fréminville (*Minor.*, t. II, n. 827). Taulier (t. IV, p. 144, t. VII, p. 249). Marcadè (t. III, n. 885 e seg.). Fed. Duranton. (*Riv. stran.* 1845. p. 343 e 689) Demolombe (t. VII. n. 812 e seg.).

(4) V. Duranton (t. XIV, n. 347).

ammessa. La costituzione d' ipoteca è soltanto annullabile, ed appunto perciò è suscettiva di esser ratificata dal costituente dopo la cessazione della incapacità.

Da ciò emerge una gravissima quistione molto dibattuta tra gli autori, quella di sapere, se la ratificazione à il suo effetto dal dì soltanto in cui à luogo, o se rimonta retroattivamente al dì della costituzione d'ipoteca, in guisa che possa opporsi al creditore che avesse acquistato un dritto reale sullo immobile, nello intervallo decorso tra la cessazione della incapacità ed il dì della ratificazione.

In questo punto porremo innanzi tratto in disparte, come fuori da ogni controversia, il caso di tacita ratificazione risultante dall'aver lo incapace che avea costituita l'ipoteca (o i suoi aventi dritto) lasciato decorrere dieci anni dal dì in cui l' incapace è stato rimosso dalla sua incapacità senza intentar l'azione di nullità o di rescissione che gli apparteneva. Si è ben sostenuto che anche questa specie di tacita ratificazione non può opporsi al creditore i cui dritti son nati dopo la cessazione della incapacità (1). Tuttavia questa dottrina non à eco: in realtà, qui si tratti di una prescrizione. Or la prescrizione compiuta agisce, per principio, con effetto retroattivo; e come sarebbe bastevole a render valido un atto radicalmente nullo, con più ragione dev'esser bastevole a render valido retroattivamente un atto semplicemente annullabile. La soluzione del resto è ammessa generalmente e senza difficoltà (2).

Ma nel caso di ratificazione espressa gli è ben altra cosa. Ecco la specie: — Paolo, ancora minore, à sottoscritta un' obbligazione verso Giuseppe, a cui à dato, sulla sua casa di Versailles, un' ipoteca che è stata immediatamente iscritta. Indi à raggiunto la sua maggiorità, ed avendo d' uopo di danaro, toglie a prestito da Luigi, a cui conferisce eziandio ipoteca sulla sua casa di Versailles. Luigi fa iscrivere la sua ipoteca; e poco dopo Paolo ratifica con un atto espresso l'obbligazione che qual minore ancora aveva preso Giuseppe e la costituzione d' ipoteca accessoriamente aggiuntavi. La casa di Versailles è venduta per un prezzo che basta appena a soddisfare l' uno de' due creditori. La quistione è, quale de'due avrà la preferenza? Forse Giuseppe, il cui titolo primitivo è stato ratificato? Forse Luigi, a cui l' ipoteca è stata validamente conferita prima della ratifica dell'ipoteca data in minoretà? Su di ciò si son prodotte le opinioni più divergenti.

Da un canto, si è sostenuto in modo assoluto che il minore divenuto maggiore può ratificare l' obbligazione e l' ipoteca da lui consentite in minoretà, non si potrebbe almeno ammettere che la ratifica, in quanto all' ipoteca, abbia un effetto retroattivo, particolarmente quando ciò potrebbe nuocere ai dritti de' terzi, dicendo lo art. 1333 espressamente nella sua disposizione finale che la conferma, la ratifica o l'esecuzione volontaria nelle forme ed all' epoca determinate dalla legge, producono la rinuncia ai mezzi ed alle eccezioni che potevansi opporre contro l' atto confermato, ratificato o eseguito, *senza però pregiudizio del dritto de' terzi*. Secondo questo sistema, che sembra dominante in dottrina ed in giurisprudenza (3), la preferenza sarebbe accordata a Luigi nella nostra ipotesi. — D' altra parte ed in un senso meno assoluto, in cui si vede primeggiare ancora l' influenza di questa dottrina, più innanti combattuta, la quale misura la capacità di ipotecare con quella di obbligarsi, si fa distinzione, e si dice: « Se l' obbligazione ipotecaria consentita in minoretà era rescindibile, la ratificazione non potrà pregiudicare il dritto de' terzi interessati a farla rescindere, i quali potranno in conseguenza proporre contro l'atto tutt' i mezzi e le eccezioni che il minore avrebbe potuto proporre egli stesso, se non avesse ratificato; ma se l' atto non era rescindibile nello interesse del minore, non lo è tampoco nello interesse de' terzi, ancorchè suoi creditori; la ratificazione non à avuto altro effetto che di dispensare colui che à trattato col minore dall' obbligo di provare che l' atto non à pregiudicato quest' ultimo; sarà sempre obbligato a fare questa pruova rispetto a' terzi; ma se giunge a farla, ne risulterà che il minore, anche prima di aver ratificato, non avrebbe potuto domandare la nullità dell' atto, e che quindi i terzi, quali essi sieno noi posson tampoco (4). » In que-

(1) V. Grenier (t. I, n. 47, Battur (t. I, n. 128).

(2) V. Persil (art. 2124, n. 12). Dalloz (*Rep.* v. Ip. p. 191, n. 10), Duranton (t. XIV, n. 313), Troplong (n. 302).

(3) V. Nancy, 1. mag. 1812; Parigi 12 luglio 1838 (Dev., 39, 2. 3). Si può anche aggiungere un arresto della Corte di cassazione, del 16 genn. 1837 (Dev. 37, 1, 102), la cui decisione è intervenuta in occasione della vendita d'immobili, consentita da un minore divenuto maggiore, prima della ratifica di una vendita anteriore consentita in minoretà. — V. inoltre Persil (art. 2124, n. 12). Grenier (t. I, n. 42 e seg.) Battur (t. I. p. 199). Dalloz (*ivi*, p. 190, n. 9). Marton, n. 979).

(4) Così si esprime Delvincourt (t. II, p. 813, note), la cui opinione è seguita da Duranton (t. XIX, n. 341 e seg.).

sto sistema, la preferenza sarà data a Luigi o a Giuseppe, secondo che l'obbligazione principale sottoscritta in minoretà verse quest'ultimo era o non era rescindibile. — Infine, in una terza opinione assoluta come la prima, ma in senso inverso, si seguono i principii generali in materia di conferma, e si decide che la ratificazione à, in tutt'i casi, un effetto retroattivo alla data dell'atto ratificato (1); e, secondo questo sistema, la preferenza sarà data a Giuseppe nella nostra ipotesi.

Tra queste tre opinioni noi adottiamo l'ultima; quella del Pothier, che la giustifica con considerazioni a parer nostro decisive. La legge, dic'egli, non interdicendo a' minori la facoltà di disporre de' loro beni e di ipotecarli se non pe' loro proprii interessi, questa capacità non è assoluta, ma relativa; essi sono soltanto incapaci di disporre de'loro beni e di contrattare sotto l'ipoteca di questi stessi beni, in quanto la disposizione da essi fatta e l'obbligazione che avesser contratta lor fosse svantaggiosa; ma quando ratificando in maggioretà questa obbligazione han riconosciuto che non era loro pregiudizievole, l'atto e l'ipoteca ond'è accompagnato debbono esser considerati come validamente contratti, e quindi il creditore deve avere ipoteca dal dì dell'atto (2). Aggiungiamo esser ben questi gli effetti generali della conferma, e che ciò è perfettamente conforme all'idea che rivela una ratificazione, idea espressa nella disposizione precitata dello art. 1338 del Codice Napoleone. Indubitatamente questo articolo riserva i dritti de' *terzi*; ma evidentemente non riserva questi dritti se non ne' termini in cui sono stati acquisiti. Or questa ipoteca consentita in minoretà era rivelata dalla iscrizione a' creditori a cui sonosi indi conferiti de' dritti reali dal minore divenuto maggiore. Costoro ne han conosciuta l'esistenza, e sono stati avvertiti che, se era stata irregolarmente costituita, poteva tuttavia esser confermata, chè la concessione loro fatta non implicava in alcun modo l'idea che il loro debitore avesse con ciò abdicato il dritto che avea di fare questa conferma. I dritti che ànno acquistati si son dunque stabiliti sotto questa minaccia, ed appunto perciò non si può dire che vengon manomessi il dì in cui lo evento cui han dovuto prevedere è venuto ad effettuarsi.

617. Terminando sulle incapacità la cui causa rivela un pensiere di protezione, indicheremo una situazione particolare che può ravvicinarsi a quelle che abbiamo esaminate fin qui, tuttochè l'idea di protezione, che pur vi si trova, non venga direttamente dalla legge. Intendiam parlare delle clausole frequenti anziche no ne' testamenti, con cui il testatore dichiara insequestrabili le cose da lui legate. La validità della clausola può esser contestata, se non quando cade su cose mobiliari, poichè lo art. 581 del Codice di procedura la sanziona in questo caso, almeno quanto riflette gl'immobili che fan l'oggetto del legato. Allora si potrebbe dire e si è talvolta detto che la clausola riflettente la costituzione istessa del dritto di proprietà, che è essenzialmente d'ordine pubblico, deve reputarsi non iscritta a' termini dello art. 900 del Codice Napoleone. Non è qui il luogo da discutere tal quistione, che esce dal nostro subbietto. Assodiamo soltanto che la giurisprudenza che sembra dominare non considera nè come impossibile nè come contraria alle leggi o a' costumi la condizione imposta da un testatore alla liberalità, nello scopo di rendere gl'immobili da lui legati insequestrabili per parte de' creditori del legatario; e quindi decide che una tale clausola non va sotto la disposizione irritante dello art. 900 del Codice Napoleone.

Ciò posto, che bisogna conchiudere al punto di vista che ci occupa? Forse che il legatario a cui sono stati legati degl'immobili sotto tal condizione non potrà affettarli ipotecariamente? No al certo; chè se altrimenti fosse, se dovesse risultare dalla condizione che il legatario sarebbe ormai privo del dritto di usare degli immobili a lui legati come di un pegno atto a stabilire e ad estendere il suo credito, allora potrebbesi di essa dire che inceppa il dritto di proprietà nel suo esercizio, e che deve reputarsi non iscritta a' termini dello art. 900. Ma appunto perchè non à questa estensione è dalla giurisprudenza mantenuta. Si decide in fatti che, se si applica incontestabilmente a' beni di cui il testatore aveva la piena facoltà di disporre e concerne i creditori anteriori del legatario, non colpisce almeno le persone che avessero più tardi trattato col legatario in considerazione de' beni da lui raccolti in virtù del testamento. Pertanto, i creditori

(1) V. Parigi, 13 dec. 1830 (Dev. 31, 2, 83.—*Junge*: Merlin (*Quist.*, v. Ip. § 4, 3 ediz.) Toullier (t. VII, p. 565), Zachariae (t. II, p. 137, nota 10). Troplong (n. 487 e seg.).

(2) V. Pothier (dell'ip. n. 46).

del legatario, se il loro titolo è anteriore al testamento nel quale gl' immobili gli sono stati legati sotto condizione di non esser pegnorabili, non potranno, anche in virtù d' una condanna che avessero ottenuta, prendere un'iscrizione ipotecaria; e ciò è stato espressamente giudicato dalla Corte di cassazione (1); ma la clausola di non esser suscettivi a sequestro non impedirebbe che i terzi i quali trattassero in seguito col legatario ottenessero da lui un' ipoteca convenzionale, o iscrivessero, sugli immobili così legati, l' ipoteca giudiziaria risultante da una condanna che avesser fatta pronunciare contro di lui.

618. Passiamo alla seconda classe di incapacità, alle incapacità che prendono il carattere della indegnità o della decadenza. In primo posto vengono i condannati colpiti da pene afflittive ed infamanti.

Secondo il Codice penale del 1810, quelle fra queste pene che eran perpetue implicavano la morte civile. Questo effetto della condanna non si produce più oggi, chè la morte civile è stata abolita dalla legge del 2-31 maggio 1854 la quale surroga alla morte civile, come conseguenza delle condanne a pene afflittive perpetue, la degradazione civile e l' interdizione legale stabilite dagli art. 28, 29 e 31 del Codice penale (legge del 2-31 maggio 1854, art. 3). Non è più dunque il caso di domandarsi se il condannato colpito da morte civile può conferire ipoteca su gli immobili da lui acquistati dopo la sua condanna. Ma resta sempre a sapere se le ipoteche che han potuto, pel passato, esser conferite da questi condannati sono state validamente costituite, in guisa che i creditori che le avessero acquistate potessero opporle in virtù dello art. 5 della medesima legge, la quale, facendo « cessare gli effetti della morte civile, per lo avvenire, rispetto a' condannati attualmente morti civilmente, » dichiara espressamente riservare i dritti acquisiti a' terzi. A tal riguardo, noi non pensiamo che il dritto dei creditori possa esser seriamente contestato. Solo il Troplong è stato di avviso che il condannato colpito di morte civile sia incapace di conferire ipoteca, « in quanto l'ipoteca non potendo stabilirsi che con una convenzione rivestita di forme solenni e del dritto *civile*, sarebbe ripugnato alla ragione che colui che era considerato dalla legge como morto civilmente ed escluso dalla società *civile* potesse domandarle il soccorso delle sue solennità (2). » Ma l' opinione generale degli autori era fissata in senso contrario (3), e giustissimamente per nostro avviso. La morte civile, in fatti, non produceva privazione assoluta di *tutti* i dritti civili; soprattutto non colpiva quelli il cui esercizio era necessario alla conservazione della vita naturale che la legge lasciava al condannato, e quindi la facoltà di lavorare, di comprare, di vendere, di torre a prestito, di esser chiamato in giudizio, di citare alla sua volta (4). Per la stessa ragione, faceva ben d' uopo riconoscere nel condannato colpito da morte civile la facoltà di costituire ipoteca su' suoi beni, come una conseguenza naturale e necessaria del dritto che aveva di torre a prestito, alla stessa guisa che riconoscevasi in lui la facoltà di trascrivere come una conseguenza forzata del dritto che aveva di alienare.

619. Ma ciò che diciamo del condannato che prima della legge del 2-31 maggio 1854 era colpito da morte civile, non si potrebbe dire oggi di coloro che fossero colpiti dalle pene a cui la morte civile era accessoriamente annessa. La nuova legge dice, in fatti, col suo art. 2, che le condanne a pene afflittive perpetue producono la degradazione civile e l' interdizione legale stabilite dagli art. 28, 29 e 31 del Codice penale. Or l' interdizione legale non differisce, in quanto ai suoi effetti, dall'interdizione giudiziaria; come abbiam detto poc' anzi, in un altro punto di vista (*supra*, n.° 491), il legislatore non à immaginato di far delle classi o delle categorie di interdetti, aventi ciascuna i suoi privilegi e le sue incapacità; se la causa della interdizione differisce, il fatto della interdizione non lascia di gravitare sulla persona e su' beni dello interdetto, avendo l'interdizione in ambo i casi lo stesso risultato, quello di privare lo interdetto da ogni capacità civile e di spogliarlo dell' amministrazione de' suoi beni. Il condannato colpito da interdizione legale non potrà dunque conferire un' ipoteca convenzionale su' beni. — D' altronde, sarà così non solo di colui che fosse interdetto per effetto di una condanna afflittiva perpetua, ma eziandio di colui la cui interdizione fosse la conseguenza di una condanna a' lavori forzati a tempo, alla detenzione o alla reclusione (Codice penale, art. 29); solamente, la incapacità di costui sarebbe temporanea come la

(1) Esam. 10 mar. 1852 (Dall., 52, 1, 111).
(2) V. Troplong (n. 463 ter).
(3) V. Merlin (v. Morte civ. § 1, art. 1), Duranton t. XIX, n. 343 alla nota), Marcadè (t. I, n. 173), Massè o Vergè, su Zachariae (t. I, p. 92). Coin-Delisle (sull'art. 25 n. 5), Toullier (t. VII, p. 252).
(4) Rapporto al Tribunato del tribuno Thiessè (v. Fenet, t. VIII, p. 181 e seg.).

condanna istessa, e cesserebbe col terminar della pena.

620. In un altro ordine d'idee noi troviamo il negoziante fallito, il non negoziante in istato di decozione, o che à fatto cessione di beni, ed il debitore i cui beni stabili son colpiti da pegnoramento. Queste circostanze accidentali non producon tutte incapacità di costituire ipoteca; talune soltanto producono questo effetto.

Così accade del fallimento. Lo art. 443 del Codice di commercio dispone in fatti che la sentenza dichiarativa del fallimento produce di pieno dritto, a partir dalla sua data, *spogliamento pel fallito dell'amministrazione di tutti i suoi beni*, anche di quelli che possono pervenirgli durante il suo stato di fallimento; e lo art. 446 annulla pur le ipoteche costituite dall'epoca determinata dal tribunale di commercio come quella della cessazione dei pagamenti, o entro i dieci giorni che avran preceduto quest' epoca. Ma ritorneremo su tal punto nel nostro commentario dello art. 2146.

621. Così accade ancora del debitore non negoziante che à fatto cessione di beni (1); egli non può evidentemente costituire ipoteca sugl' immobili da lui abbandonati, a partir dal momento in cui la cessione è stata volontoriamente accettata o giudiziariamente ammessa. (Codice Napoleone, art. 1265 e seg.).

622. Ma la non è così del debitore non negoziante che è in istato di decozione; le disposizioni della legge che stabiliscono la incapacità del fallito all'uopo di conferire ipoteca non possono estendersi da questo caso a quello di decozione; la decisione contraria, emanata da un tribunale di prima istanza, è stata giustamente invalidata sullo appello (2).

623. Infine, che vuolsi dire del debitore su cui è stato praticato un pegnoramento di stabili? Secondo il Tarrible, questo debitore sarebbe incapace di conferire ipoteca sullo immobile pegnorato, ma soltanto a partir dal dì della denuncia del pegnoramento (3). Questa opinione è generalmente contraddetta (4), tuttavia sembrerebbe derivare esattamente dal principio stesso su cui poggia la prima delle due condizioni alle quali è subordinata la capacità all' uopo d' ipotecare. Questa prima condizione, lo si è veduto da tutto ciò che precede, è che il costituente sia capace di *alienare*, essendo la capacità di ipotecare correlativa a quella di alienare. Or precisamente lo art. 686 del Codice di procedura, corrispondente dopo la legge del 2 giugno 1841 allo antico art. 693, su cui si fondava il Tarrible, dice che « la parte pignorata non può, a contar dal dì della trascrizione del pignoramento, *alienare* gl' immobili pegnorati, sotto pena di nullità, e senza che sia uopo di farla pronunciare. » Si potrebbe dunque conchiudere che, se la parte pignorata non può *alienare*, non può tampoco *ipotecare*; e quindi si potrebbe esser indotto ad adottare la soluzione del Tarrible, con questa modifica però che, in luogo di far partire, come egli fa, l'incapacità dal dì della denuncia del pegnoramento, il che era esatto sotto lo antico art. 692, converrebbe farla partire dal dì della trascrizione del pegnoramento, a'termini stessi del nuovo art. 686. Ma abbiamo fatto notare più sopra (*supra* n° 353) che il voto di quest'ultimo articolo era stato preceduto da una deliberazione, in seguito della quale fu soppressa una disposizione del progetto tendente precisamente ad estendere il divieto di alienare a quello di ipotecare. La quistione è stata dunque risoluta legislativamente, in qualche guisa, nel senso contrario all'opinione del Tarrible; ed abbiamo presentato (*ivi*) le condizioni che giustificano questa soluzione (5).

III. — 624. Non basta esser capace di alienare per costituire validamente ipoteca, è uopo ancora esser proprietario della cosa ipotecata. Questa seconda condizione è necessaria per completare la capacità d'ipotecare. Ciò è di ogni evidenza: l'ipoteca essendo un atto di alienazione, è chiaro che colui che non fosse proprietario non potrebbe consentirla: laonde l'idea di proprietà risulta dal nostro art. 2124; e si trova confermata in un modo più esplicito nello art. 2129, ai cui termini non v' à ipoteca valida allo infuori di quella che dichiara la natura o la situazione di ciascuno degli immobili *attualmente appartenenti al debitore* su' quali consente ipoteca.

A dir vero, si è equivocato su queste pa-

(1) È risaputo che niun debitore negoziante era ammessibile, a'termini dello art. 541 del Codice di commercio modificato dalla legge del 1838 su' fallimenti, a chiedere la sua ammissione al beneficio di cessione di beni: tuttavia lo art. 541 del Codice di commercio è stato alla sua volta modificato dalla recente legge relativa a' concordati per abbandono (legge de'17—25 luglio 1856; v. Codici Tripier, p. 32).

(2) V. Rennes. 24 mar 1812.

(3) V. Tarrible (Rep., v. *Pegnoramento di stabili*, § 6, art. 1, n. 14).

(4) V. le autorità che abbiamo citate poc' anzi al n. 353.

(5) Come abbiam detto al n. 353, Toullier è il solo autore che, anche dopo il voto della legge del 1841, riproduce l'opinione di Tarrible.

role, *attualmente appartenenti al debitore* adoperate in quest' ultimo articolo; si è detto che non vi sono poste come per istabilire una condizione espressa della validità della stipula d' ipoteca; che ben suppongono che gl'immobili appartengono al debitore, ma che supporre non è disporre (1). Ma l'equivoco non è possibile. Senza voler anticipare sul commentario di questo articolo 2129, che tratteremo ben tosto, diciamo che le espressioni di cui si serve non possono lasciare alcuno dubbio sul pensiere del legislatore. Ancorchè queste espressioni fosser d' altronde insufficienti, converrebbe pur sempre fermare come una necessità risultante dalla natura stessa delle cose la condizione di proprietà come l' uno degli elementi essenziali della capacità all'uopo di costituire ipoteca.

625. Ciò posto, la prima conseguenza che si presenta da inferirne è la nullità dell' ipoteca costituita sulla cosa altrui. Ne' principii del dritto romano, vi era sotto questo rapporto, tra l' ipoteca e la vendita, una differenza che non esiste più nei principii del Codice Napoleone. Mentre la vendita produceva soltanto un' obbligazione personale, che era quella di procurare al compratore il libero possesso della cosa, l'ipoteca creava un dritto reale che affettava la cosa medesima e permetteva di seguirla nelle mani di ogni detentore; d'onde seguiva che, mentre la vendita della cosa altrui era valida a Roma, in quanto nulla impediva di contrarre un' obbligazione *personale*, anche relativamente ad una cosa di cui non si era proprietario, l'ipoteca della cosa altrui, al contrario, era nulla, in quanto non era possibile di conferire su di una cosa di cui non si aveva la proprietà, questo dritto reale senza del quale l'ipoteca non sarebbe stata che un nulla. Ma oggi la vendita è traslativa per sè stessa, secondo il Codice Napoleone; dal venditore allo acquirente, essa produce, non già, come dicesi sovente, l'obbligazione soltanto di trasferire la proprietà, ma, come spiega il Marcadè (sullo art. 1599, n° 1), la traslazione istessa, la traslazione diretta della proprietà; e la legge recente del 23 marzo 1855 sulla trascrizione non vi fa ostacolo, in quanto non impedisce che la vendita produca il suo effetto tra il venditore ed il compratore, nonostante il manco di trascrizione, e sia opponibile anche s'terzi, tranne a coloro che ànno de'dritti sullo immobile, e che li ànno conservati conformandosi alle leggi (art. 3). Non può dunque esservi, sotto il rapporto che ci occupa, differenza di sorta tra l' ipoteca e la vendita della cosa altrui; la nullità pronunziata contro questa dallo art. 1599 del Codice Napoleone si estende necessariamente a quelle, per la semplicissima ragione che sono egualmente *atti di alienazione*, e che tali atti non si comprendono o non possono emanare con efficacia che dal proprietario. Ciò d' altronde non è e non può esser contestato.

626. Ma la costituzione d' ipoteca sulla cosa altrui è essa nulla egualmente quando uno promette il fatto del proprietario? La quistione è sottomessa alla Corte di Orleans, che l'à esattissimamente risoluta per *la negativa*.

Nella specie erasi tolta a prestito una somma dalla signora C. tanto in suo nome quanto a nome di G. suo padre, del quale ella aveva promesso il fatto, obbligandosi a far ratificare l' atto alla prima richiesta di D. mutuante; e con lo stesso atto, la signora C. sempre in suo nome ed in nome di G. suo padre, aveva ipotecato diversi immobili indivisi tra essa e quest' ultimo alla sicurezza del rimborso, G. morì senza aver fatta la ratificazione promessa, lasciando sua figlia per unica erede. Indi ella sottoscrisse un altro imprestito, e conferì ipoteca a M ..., mutuante, ancora sugl' immobili precedentemente indivisi; d' altronde; dichiarava che questi immobili erano già ipotecati per una somma determinata, in cui si trovava compresa quella che aveva tolta a prestito da D. tanto in suo nome quanto in quello di suo padre. In questo stato, una parte degli immobili fu venduta, ed essendosi aperto un ordine per la distribuzione del prezzo, M. vi fu preferito a D. per la parte afferente, nel pezzo, alla metà indivisa che era appartenuta a G. e che era stata ipotecata in suo nome dalla signora C. sua figlia. Il tribunale pensò che l'atto firmato con D. era insufficiente, *al momento in cui fu stipulato*, per conferire a costui una ipoteca valida *per conto della signora* C. su beni che allora appartenevano a G. suo padre; considerò come equivalente alla ratifica dovuta dalla erede di G. la dichiarazione contenuta nell' atto fatto con M., e con cui la signora C. annunziava che gl' immobili gravati d' ipoteca in favore di M. erano già ipotecati per una certa somma, in quanto la somma dovuta a D. si trovava compresa in quella che era dichiarata; ma pensò che la iscrizione dell' ipoteca di D. avrebbe dovuto esser presa in virtù ad un tempo di quest' atto di ratifica e dell'atto primitivo; e siccome non

(1) V. Merlin (*Quist.*, v. *Ip.*, § 4 *bis*, n 6).

esisteva alcuna iscrizione fatta in questi termini, il tribunale credette dover attribuire ad M. preferibilmente a D. la parte del prezzo afferente alla metà indivisa appartenuta al padre della debitrice.

Tuttavia la collocazione è stata riformata in appello, e doveva esserlo. In dritto, è indubitato, come à espresso la Corte di Orleans, che si può promettere il fatto altrui (Codice Napoleone, art. 1120). A dir vero un simile contratto non obbliga colui pel quale si è promesso che dopo di essere stato ratificato espressamente o tacitamente; ma questa ratifica, quando interviene, rimonta al dì dell' atto ratificato, di cui assicura ormai gli effetti, come se colui che ratifica vi fosse comparso e vi si fosse obbligato personalmente o mercè un mandatario speciale, senza pregiudizio però de' dritti de' terzi. La Corte di Orleans à dunque deciso esattissimamente, nella specie, che i termini dell' atto d' imprestito fatto a D. respingevano l'induzione tratta da' primi giudici, cioè che la signora C. avesse ipotecato *per suo conto* degli immobili appartenenti allora a G., suo padre; che risultava da' termini di quest' atto, sanamente interpetrati, che la dazione d' ipoteca, in quanto alla metà indivisa appartenente a G. padre, aveva avuto luogo a nome e per conto di costui; che doveva quindi produrre gli stessi effetti che se l' avesse consentita egli stesso, purchè la ratifica ne fosse seguita dopo, e salvo i dritti acquisiti a terzi (1).

Tutto ciò, il ripetiamo, è d' una perfetta esattezza, e da questi stessi motivi si deduce la soluzione della nostra quistione, cioè che in realtà ed in dritto il conferire un' ipoteca su immobili appartenenti ad un terzo pel quale si è promesso non è un' ipotecare la cosa altrui; di tal che intervenendo la ratifica di questo terzo, l' ipoteca è validamente costituita, e rimonta retroattivamente, se però è stata iscritta, alla data della iscrizione che l' à vivificata.

627. Ma la ratifica sarebbe mai supplita dalla circostanza che il debitore fosse divenuto ulteriormente proprietario dello immobile che aveva primitivamente ipotecato a nome del proprietario pel quale aveva promesso? Ovvero, più generalmente, la costituzione d'ipoteca sulla cosa altrui è mai valida se la proprietà viene a fissarsi ulteriormente sul capo del costituente, sia che l' abbia acquistata, sia che abbia succeduto al proprietario, a titolo universale?

V' à su di ciò, in dottrina ed in giurisprudenza, un dissentimento più o men profondo, secondo che la nullità dell' ipoteca è opposta dal debitore che l' à costituita, o da terzi a cui sonosi conferiti de' dritti reali sullo immobile in tal modo ipotecato con anticipazione.

In quanto al debitore medesimo dicesi in un senso assoluto, non può prevalersi della nullità: l' ipoteca, nulla in origine, è stata resa valida con una specie di tacita ratifica, con la *reconciliatio pignoris*, secondo l'espressione del dritto romano; ratifica che agisce al momento stesso in cui il debitore divien proprietario, e che fa retrogire la sua obbligazione ipotecaria fino al dì in cui l' à contratta. Questa ratifica, aggiungesi, è anche forzata, poichè è impossibile al debitore divenuto indi proprietario di contestare la sua propria obbligazione senza riconoscere appunto perciò, che à agito fraudolentemente o che è colpevole di stellionato. Tale è lo avviso del Merlin e Troplong, i quali lo poggiano particolarmente sulle tradizioni della giurisprudenza romana (2). Esistono in questo senso molti arresti (3), a cui si potrebbe aggiunger quello della Corte di Orleans che poc' anzi citavamo; chè vi si vede che la Corte sembra non abbia cercato la ratifica in un fatto positivo che sovrabbondantemente e « supponendo che questa ratifica non si *fosse operata virtualmente col consolidamento de' beni ipotecati nella persona della signora* C. », erede del padre, pel quale aveva promesso.

In quanto a' terzi a cui si fossero conferiti dei dritti sullo immobile ipotecato, gli autori citati non vi ànno scorta maggior difficoltà: brandiscono contro questi terzi l' adagio *Confirmato iure dantis confirmatur ius accipientis*, e contestan loro, sull' autorità di questo adagio, il dritto di opporre la nullità dell' ipoteca. Pertanto, se il terzo è un acquirente a cui il debitore avesse, dopo il suo acquisto, venduto lo immobile da lui ipotecato prima di esserne proprietario, gli si dice che rappresenta *il* suo venditore, che tiene i suoi dritti sol da lui, e che d' altronde non à potuto comprando essere ingannato, avendo lo stato delle iscrizioni dovuto fargli conoscere l' esistenza dell' ipoteca di cui l' immobile era gravato per conto del

(1) V. Orleans, 13 nov. 1852 (t. P., 1853, t. I, p. 333).
(2) V. Merlin (*Quist. di dritto*, v. Ip., § 4 bis), Troplong n. 521 e seg.).

(3) Bordeaux, 21 dec. 1832; Metz, 20 apr. 1836; Brusselle, 10 ag. 1840; Nancy, 30 mag. 1843 (Dev., 33, 2, 205; 38, 2, 167; 43, 2, 547).

suo venditore. Se il terzo è un creditore ipotecario, gli si oppone del pari che i suoi dritti derivano dal suo debitore, che si possan dunque far valere contro di lui tutt' i mezzi che fossero stati opponibili a quest' ultimo, e che in deffinitiva non à tampoco potuto essere ingannato, poichè, per lui eziandio, lo stato delle iscrizioni esistenti sullo immobile dava un bastevole avvertimento (1). Tuttavia la giurisprudenza è qui meno assoluta: e parecchi degli arresti che tengon l' ipoteca per resa valida rispetto al debitore istesso divenuto proprietario, giudicano espressamente che riman nulla, nonostante lo acquisto, rispetto a' terzi che àn de' dritti reali sullo immobile ipotecato con anticipazione (2).

628. Noi pensiamo che bisogna andar più oltre; e, di accordo con la maggioranza degli autori e con la giurisprudenza che tende a prevalere (3), diciamo che in tesi assoluta l'ipoteca della cosa altrui, nulla nel suo principio e nella sua costituzione, riman nulla, e radicalmente nulla, qualunque sieno le circostanze ulteriori che faccian pervenire la proprietà dello immobile ipotecato nelle mani del debitore che l' aveva indebitamente gravato d' ipoteca quando non ne era ancora proprietario, e che la nullità dell' ipoteca può opporsi, sia da' terzi che àn de' dritti reali sullo immobile, sia dal debitore medesimo dal quale l' affezione emana.

Ciò è innanzi tratto onninamente evidente, e non petrebb' esser contestato quando il terzo che oppone la nullità dell' ipoteca tiene il suo dritto reale dal proprietario originario, e l' à conservato con una iscrizione presa prima che lo immobile fosse divenuto la proprietà di colui che l' aveva con anticipazione ipotecato. Così, Pietro, proprietario di una casa a Versailles, vi conferisce un' ipoteca a Giuseppe, il quale prende iscrizione nel 1840; ma, fin dall' anno 1838, Paolo, figlio di Pietro e suo erede presuntivo, aveva costituita un' ipoteca su questa stessa casa in favore di Giacomo, il quale aveva pur preso iscrizione. Pietro muore nel 1841, e suo figlio Paolo, che gli succede, raccoglie la casa, ipotecata per suo conto a Giacomo fin dall' anno 1838, e per conto del padre, solo proprietario allora, nel 1840 e non prima, in favore di Giuseppe. Gli è evidente che, in questo caso, costui potrà opporre a Giacomo la nullità della sua ipoteca. E qui l' idea di una ratificazione virtuale risultante dalla consolidazione non dovrebbe neppur prodursi o si produrrebbe invano, chè, supponendo pure che Giacomo potesse dire, il che non ammettiamo, che lo acquisto della casa di Versailles per parte del suo debitore à operata una tacita ratifica dell' ipoteca da costui consentita, la quale ratifica è rimontata retroattivamente fino al 1838, data della costituzione d' ipoteca, Giuseppe risponderebbe vittoriosamente, con lo art. 1338 del Codice Napoleone, che la ratifica non agendo o non potendo agire che *sotto la riserva del dritto de' terzi* non potrebbe opporsi a lui creditore del proprietario originario, ed eccepente un dritto acquisito ed assodato da una iscrizione presa in un'epoca in cui il suo debitore, unico proprietario dello immobile ipotecariamente affetto alla sicurezza del suo credito, avova egli solo potuto gravare questo immobile validamente ed utilmente. V' à qui un dritto *acquisito* certo, serio, esente da minaccia, e che, ben differente in ciò da quello di cui abbiam parlato di sopra al n° 616, può armarsi della riserva contenuta nello art. 1338 ed opporla a colui che si ponesse al ridosso di questa idea di ratifica.

629. Passiamo ora a un' altra ipotesi. La casa che Pietro possedeva a Versailles è stata ipotecata, nel 1839, da Paolo suo figlio in cautela del suo proprio debito a Giacomo, il quale à preso iscrizione immediatamente. Nel 1841, Paolo raccoglie la successione del padre in cui si trova la casa di Versailles; indi divenuto proprietario di questa casa la vende a Giuseppe, che ne paga il prezzo; ovvero, in luogo di venderla, la grava d'un ipoteca in favore di Giuseppe che s'inscrive nel 1842. Qui il diritto reale di Giuseppe non procede dal proprietario originario, como nella ipotesi precedente; procede direttamente da colui stesso il quale, prima di esser proprietario, aveva conferito ipoteca a Giacomo. Non ha dunque gli stessi mezzi per far prevalere il suo diritto, se questo diritto è contestato. Ne segue forse che non ne à altri? No certo: ne à altri, e non meno perentorii. Questi mezzi derivano dallo art. 2129 il quale, da un canto, esprime « non esservi

(1) V. Merlin (ivi), Troplong (n. 522, 523, 524 bis e ter).

(2) V. soprattutto lo arresto citato della corte di Nancy del 30 mag. 1843.

(3) V. Esam., 12 giug. 1817; Brusselle, 11 giugno 1817; Bordeaux, 24 gen. 1833; Dijon, 25 apr. 1855 (Dall., 33, 2, 153; 55, 2, 218; I. P, 1833, t. II, p. 128; Pev., 55, 2, 403). V. pure Grenier (t. I, n. 51) Dalloz (Rep., v. Ip., p. 189, n. 1 e 2), Duranton (t. XIX, n. 367), Zachariae (t. II, p. 136), Martou (n. 1002).

poteca convenzionale *valida* all'infuori di quella data su immobili *attualmente appartenenti al debitore,* » e, dall'altro aggiunge che i beni futuri non possono essere ipotecati. » Giacomo si prevarrà invano dell'adagio *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*; invano porrà innanzi l'idea che Giuseppe tiene i suoi dritti da Paolo, e che gli si posson quindi opporre tutti i mezzi opponibili a Paolo stesso; pretenderà invano che lo stato delle Iscrizioni à dato a Giuseppe un bastevole avvertimento, facendogli conoscere l'esistenza dell'ipoteca che gravava lo immobile per conto di Paolo: tutto ciò sarebbe a parte dalla quistione. Che monta in fatti che Giuseppe abbia conosciuta l'esistenza d'un ipoteca iscritta a favore di Giacomo? Forse che questa cognizione data a Giuseppe renderebbe valida l'ipoteca, se l'ipoteca era nulla nel suo principio? Or essa era nulla in principio, chè cadeva sulla cosa altrui; ed appunto perchè lo stato delle iscrizioni rivelava questa situazione a Giuseppe, perchè facendogli conoscere l'esistenza dell'ipoteca gliene additava in pari tempo la nullità, à potuto costui, senza imprudenza e con tutta sicurezza, trattare con Paolo divenuto proprietario dello immobile. A che mena poi lo adagio *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*? e l'idea che Giuseppe qui sta ne' diritti di Paolo e dev' esser respinto cogli stessi mezzi? A ciò Giuseppe potrebbe rispondere in prima, con la Corte di Nancy, che le qualità *di aventi causa* e di *terzi* si cumulano talvolta e permettono, sia ad un creditore, sia ad un acquirente, di esercitare de'diritti distinti da quelli del loro autore; come, per esempio, quando si tratta di eliminare una controscrittura o un atto senza data certa; che dev'esser lo stesso quante volte i creditori dello stesso debitore ànno a discutere tra essi in un ordine la validità o la nullità delle ipoteche che hanno acquistate su di lui in circostanze ed in epoche differenti; che agiscono come *terzi* in questo caso, poichè per istabilire i loro contraddetti non àn d'uopo di appoggiarsi esclusivamente ai dritti loro trasmessi dal debitore, che al contrario essi traggono i loro argomenti dalla legge, da' divieti da essa stabiliti e dalle nullità pronunciate; e che in tal modo chiarita la quistione di aventi causa, si comprendono agevolmente de'creditori eccepenti, a proposito d'un ipoteca consentita dal debitore, un mezzo di nullità che questi non potrebbe opporre (1).

630. Ma poi, e lasciando completamente a parte questo dato, supponendo che il cedditore sia ne'dritti del suo debitore, e per conseguenza, che si possano far valere contro del primo tutt'i dritti che si potessero eccepire rispetto al secondo, è forse vero che l'ipoteca della cosa altrui sia valida anche rispetto al debitore che l'à consentita, o che almeno rispetto a questo debitore l'ipoteca, nulla nel principio, sia resa valida *ex post facto*, se diviene ulteriormente proprietario dello immobile da lui ipotecato? È questo l'ultimo aspetto della quistione; e qui ancora non v'à da esitare. L'ipoteca è stata consentita contro le prescrizioni formali della legge, la quale non ammette ipoteca convenzionale valida all'infuori di quella data su immob.li attualmente appartenenti al debitore; è stata conferita contrariamente ad un divieto espresso della legge, chè la legge proibisce d'ipotecare i beni futuri. È dunque colpita nel suo principio da una nullità assoluta, da una nullità irreparabile, quali si sieno gli eventi ulteriori. Invano direte che il debitore che à costituita una tale ipoteca non può essere ammesso a trarre vantaggio dalla sua propria infrazione, ed a prevalersi della frode commessa. Che nol possa o che nol debba in morale, lo ammettiamo. Ma infine, se non è ritenuto da quel grido della coscienza a cui l'uomo onesto sente il bisogno di cedere, se si spinge oltre ed attenendosi alla legge positiva, oppone la nullità dell'ipoteca che à conferita su di una cosa che non era sua al momento della costituzione, come mai i giudici esiterebbero a pronunciare questa nullità? Se un debitore costituisse un'ipoteca convenzionale sulla generalità de'suoi beni, forsechè non agirebbe ancora contro la coscienza domandandone la nullità pel motivo di non esservi ipoteca convenzionale che quando è *speciale*? Potrebbe mai da ciò inferirsene che la nullità non dovesse pronunziarsi? No, al certo. La non può esser diversamente nel caso in cui la nullità proposta dal debitore è fondata sull'essere stata l'ipoteca costituita in origine sulla cosa altrui. Che hanno con ciò di comune le tradizioni della giurisprudenza romana? L'equità pretoriana, se non il dritto civile, teneva, il sappiamo, che il debitore che avea agito fraudolentemente ipotecando la cosa altrui non poteva eccepire la sua frode e prevalersene quando la cosa era indi divenuta sua; ed era ammesso che il creditore, se d'altronde era stato di buona fede nell'aver ignorato che la cosa appartenesse ad altrui, poteva opporre l'ipoteca al debitore di-

(1) V. lo arresto di Nancy del 30 mag 1813, già citato.

venuto proprietario, ed anche a tutt'i terzi s'quali costui avesse potuto conferiro do'dritti reali. Ma badiamo bene! Da un canto, l'equità pretoriana non è più ammessa, in materia ipotecaria, sotto il Codice Napoleone: l'ipoteca non esiste che in termini ed a condizioni stabilite dalla legge medesima e che son di dritto stretto (*supra*, n° 322). Dall'altro, l'ipoteca de'beni futuri era permessa nel dritto romano; or posto ciò, la decisione del pretore che vedeva nello acquisto per parte del debitore di una cosa da lui ipotecata prima che fosse sua un fatto suscettivo di validar l'ipoteca in tal modo conferita con anticipazione, aveva, in questo principio stesso, una spiegazione che non avrebbe più oggi sotto il nostro Codice, dal quale l'ipoteca de'beni futuri è stata espressamente vietata.

Ripetiamol dunque, nulla nel suo principio, l'ipoteca della cosa altrui riman nolla rispetto a tutti, quali si sieno gli eventi ulteriori. Gli è un contratto a cui la materia è mancato, chè il costituente non aveva alcun dritto alla cosa di cui ha dispostu; il contratto è dunque come non avvenuto, e checchè accada, rimane affetto d'una nullità radicale, irreparabile, e di cui potranno per conseguenza prevalersi tutti coloro a cui il contratto venisse opposto.

631. Dall'ipoteca consentita sulla cosa altrui all'ipoteca conferita dal proprietario apparente, la transizione è naturalissima; si potrebbe anzi dire che il problema è lo stesso; chè l'ipoteca che cade su di un immobile di cui il costituente è solo proprietario apparente è nella realtà un'ipoteca costituita sulla cosa altrui. Ecco tuttavia una specie in cui una tale ipoteca è stata validata dalla Corte suprema in un arresto portante annullamento.

Il signor Fayole de Mellet, emigrato, volendo sottrarre alla confisca la terra di Neuvie di cui era proprietario, ne consentì la vendita a'coniugi Froidefond Duchatenet mercè 240,000 fr., 200,000 de'quali era riconosciuto essersi pagati contanti. Ma una contro lettera del 2 gennaio 1792 comprovava che questa vendita non aveva nulla di reale, ed in pari tempo dava mandato a' coniugi Froidefond di far tutto ciò che sarebbe in loro potere per conservar la fortuna del signor Fayole. Le precauzioni prese da costui furono inutili, la terra di Neuvie fu in fatti colpita dal sequestro nazionale, e malgrado i reclami di Froidefond, un arresto dell'amministrazione mantenne il sequestro, dichiarando che la pretesa vendita non era stata che un contratto di anticresi; la decisione aggiungeva però che Froidefond rimaneva creditore dello Stato pe'200,000 fr. che reputavasi aver pagati in contanti. — Qualche tempo dopo, essendo stata confiscata la terra di Montrem ad un altro emigrato, Froidefond sen rese aggiudicatario pel prezzo di 322,000 fr., in pagamento del quale fece ammettere fino a concorrenza il suo credito nazionale di 200,000 fr. Eran le cose in questo stato, quando nel 1824 la erede di Fayole de Mellet, o piuttosto il signor Gas, cessionario di questa erede, pretese che dalla contro-lettera del 2 gennaio 1792 (che fu registrata allora soltanto) e dal mandato contenutovi risultava che l' aggiudicazione pronunziata a favore di Froidefond doveva, fino a concorrenza de'200,000 fr., reputarsi fatta per conto e nello interesse di Fayole. Ed in effetti intervenne un arresto, il 29 luglio 1829, con cui fu ordinato che il podere di Montrem sarebbe diviso tra Froidefond e la erede di Fayole, o il signor Gas, cessionario di costei, nella proporzione esistente trai 322,000 fr., prezzo dell'aggiudicazione, e i 200,000 fr. ammontare del credito fittizio di Froidefond. La divisione ebbe luogo secondo queste basi.

Allora diversi creditori di Froidefond, ai quali costui avea conferito sulla terra di Montrem delle ipoteche iscritte molto prima che la contro lettera fosse nota, fecero procedere al pignoramento degli immobili. Il pignoramento fu bentosto seguito da una domanda, per parte del signor Gas, di distrazione della parte a lui attribuita in virtù dello arresto del 1829. I pignoranti sostennero invano che l'atto che era servito di base allo arresto del 1829, essendo una contro lettera, non poteva opporsi a' terzi, che avevan trattato con Froidefund sotto la fede d' un'aggiudicazione pubblica formante il suo titolo di proprietà; la pretensione elevata dal signor Gas fu pur accolta da un arresto della Corte di Bordeaux in data del 12 agosto 1833, per questo motivo principalmente «che per conseguenza l' acquisto della terra di Montrem reputavasi fatto per conto e per ordine del mandante, fino a concorrenza dei 200,000 fr. che rappresentavano il suo dritto di proprietà sul fundo Neuvic, e che Froidefond non aveva potuto trasmettere ad altri dritti che non possedeva egli stesso . . .» Le ipoteche che eccepivano i creditori pignoranti si trovavano così annullate.

Ma sul ricorso di cui è stato l' oggetto, lo arresto della Corte di Bordeaux è stato cassato (1). E convien dire che i creditori

(1) V. cass., 30 marzo 1836 (Dev., 36, 1, 506).— Junge Parigi, 8 luglio 1833 (Dall., 34, 2, 93).

si presentavano in circostanze essenzialmente favorevoli. Da una parte, il debitore con cui avevan trattato possedeva l'immobile ipotecato in virtù d'un atto pubblico di vendita; dall'altra il proprietario reale non attingeva il suo dritto che in una controlettera, titolo destituito sempre di effetto rispetto a' terzi (Codice Napoleone, art. 1321). In questa situazione, si comprende che la Corte di cassazione abbia potuto considerare il dritto dei creditori come preferibile a quello del proprietario reale o de' suoi aventi dritto.

Nonpertanto non vorremmo dire che essa è stata qui determinata dalle circostanze della causa. Crediamo piuttosto che si è ispirata in ciò alla sua giurisprudenza sulla grave quistione se, quando degli immobili sono stati *alienati* da colui che ne era sol proprietario apparente, il proprietario reale, i suoi eredi o aventi causa possono, presentandosi prima della prescrizione compiuta, agire contro lo acquirente per rivendicaro i beni. La Corte si è pronunciata costantemente per la negativa su tale quistione sì gravemente combattuta in dottrina ed in giurisprudenza (1); ed al certo avvalendosi di questa giurisprudenza, la quale tiene per valida, rispetto ai terzi di buona fede, lo vendite consentito dal proprietario o dallo erede apparente, è stata indotta a considerar qui come valide egualmente le ipoteche aventi la stessa origine. Del resto, non è l'induzione che si potrebbe censurare, l'ipoteca non essendo altro che un'alienazione, la quistione è per essa ciò che è per la vendita, e deve risolversi cogli stessi principii.

Ma è essa esattamente risoluta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione? Crediamo di no. Noi diciamo col Marcadè, la cui opinione à pur numerosissimi appoggi in dottrina ed in giurisprudenza (2), che in logica come in dritto, non si posson trasferire ad altri de'dritti che punto non si ànno; che gli art. 1599 e 2182 del Codice Napoleone che consacrano il principio, non fanno in ciò che proclamare delle idee indicate dal semplice buon senso; che il proprietario apparente non è il vero proprietario; e che la buona fede di coloro che han trattato col primo non potendo nulla mutare a ciò, è uopo riconoscere, nel secondo o ne' suoi eredi quando si presentano prima del compimento della prescrizione, il dritto di rivendicare o riprendere la cosa contro qualunque detentore a cui è stata indebitamente trasferita. Dopo le minute osservazioni che il Marcadè à consacrate nello stabilire questo punto di dritto (v. t. I, n° 472), sarebbe fuori proposito insistere di troppo; ed applicando alle costituzioni d'ipoteche da parte del proprietario apparente la teoria che à egli sviluppata a proposito degli atti d'alienazione, diciamo che debbono cadere per principio, giacchè bisogna esser proprietario per costituire una valida ipoteca, e questa condizione, l'uno degli elementi essenziali della capacità, manca a colui che è solo proprietario apparente.

IV. — 632. Coloro che non hanno su di un immobile se non un dritto di amministrazione o di godimento non sono proprietarii, e quindi si potrebbe dire, a prima giunta, che l'ipoteca da essi costituita sullo immobile è nulla, come quella che cade sulla cosa altrui. Nonpertanto la non è così, almeno in un modo assoluto; e sonovi delle importanti distinzioni da additare.

633. In quanto all'amministrazione in prima essa può essere convenzionale o legale. I mandatari, gli amministratori, i gerenti o liquidatori di società, ecc., sono degli amministratori convenzionali; i mariti, i tutori, gl'Immessi in possesso provvisorio, gli eredi benificiari, ecc., sono degli amministratori legali.

Che i primi non possano gravare ipotecariamente gl'immobili delle persone di cui amministrano gli affari, ciò è evidente. La concessione d'ipoteca è un atto di disposizione e di proprietà; or questi amministratori non ànno nè la disposizione nè la proprietà della cosa. Ancorchè il mandatario ordinario avesse una procura generale non può ipotecare gl'immobili del suo mandante; chè il mandato, concepito in termini generali, non comprende che gli atti d'amministrazione (Codice Napoleone, art. 1988);

(1) V. lo arresto del 3 agosto 1845 ed i tre arresti del 16 gen 1843 (Dev., 43, 1, 97 e seg ; Dall., 43, 1, 49 e seg). — Junge : Montpellier, 18 genn. 1830; Tolosa, 5 marzo 1833 e 21 dec 1839; Rouen, 25 mar. 1839; Aix, 23 dec. 1843; Parigi, 29 genn. 1828 ed anche 12 ap. 1823. — V. pure Merlin (Quist., v. Fred., § 3), Chabot (art. 756, n 13), Duvergier (Della vendita, t. 1, n. 225), Malpel (n. 210 e seg.), Poujol (art. 756, n. 10), Demolombe (t. I, n. 252), Carette (Rac Dev. e Car., 39. 2 263) Devilleneuve (43, 1, 97). V. pure le osservazioni della corte di Angera (Doc. ip., t. p. 286 e seg).

(2) V. Poitiers, 10 ap 1822. Bordeaux, 24 dec 1834; Orleans, 27 mag. 1836; Montpellier, 9 mag. 1838; Rennes, 12 ag. 1844; Colmar, 18 gen. 1851 (Dev., 51, 2, 535) — V. pure Toullier (t IV. n. 286 e seg, t. IX p 511 e seg.). Grenier (t. I. n. 51), Troplong (Della Vendita t. II, n 960, e Delle Ip., n. 468). Duranton (t. XIX, n 352), Vazeille (art. 756, n 2). Championnière (Rivista di legisl., anno 1843, t. 1, p. 238).

e salvo che il mandatario abbia ricevuto un potere speciale ed espresso all' uopo d' ipotecare (medesimo articolo)· l' ipoteca da lui consentita sugl' immobili del mandante sarebbe nulla. — Così accadrebbe, e per gli stessi motivi, dell' ipoteca conferita dal *negotiorum gestor* su' beni di colui di cui amministrasse gli affari. — Così pure di quella data sugli immobili sociali dal liquidatore d' una società sciolta, il quale è assimilato, dalla giurisprudenza, al mandatario ordinario (1). — Così infine dell' ipoteca consentita dall' amministratore istesso della società, nel mentre che è in essere, sugli immobili che ne dipendono; chè come dice ancora la giurisprudenza, lo stesso amministratore di una società non è che un mandatario, ed acciò ipotechi validamente, è uopo che la società gliene abbia dato il potere espresso, sia nell' atto che la costituisce sia con una decisione ulteriore de' socii regolarmente riuniti in assemblea generale (2).

Ma è ben altro degli amministratori legali. Costoro han de' poteri più o meno estesi, che, per taluni, giungono fino alle cure della persona che rappresentano. Era forse mestieri, allorchè agiscono nella loro qualità di amministratore, ricusar loro pure il dritto di dare ipoteca su' beni immobili di coloro che rappresentano? Il legislatore non à pensato a tal modo; essi tengon dunque dalla legge il dritto di gravare questi beni d' ipoteche, le quali (salvo lo adempimento delle formalità in tutt' i casi in cui la legge giudica a proposito di fissarne delle speciali) conferiscono a' creditori tutte le prerogative annesse all' ipoteca; e non si può neppur dire che in ciò la legge si discosti dalla regola che al proprietario solo dello immobile si appartiene d' ipotecarlo, chè questi mandatarii legali sono in realtà, quando agiscono in tal qualità, la persona stessa che rappresentano, di tal che questa persona è quella che vien reputata dare essa stessa l' ipoteca con l'intermedio del suo rappresentante legale(3). Così accade del marito in rapporto alla moglie, de' tutori in rapporto a' minori ed agl' interdetti, degli immessi in possesso provvisorio in rapporto allo assente, dell' erede beneficiario in rapporto alla successione, ecc.

Tuttavia, come abbiam detto, questi mandatarii legali, se ànno il dritto di costituire ipoteca, l'hanno almeno in un modo assoluto; abbiamo, nel nostro titolo stesso, il testo che lo limita in rapporto a' tutori ed agli immessi in possesso provvisorio: si è lo art. 2126, a cui rinviamo per indicare il modo ed i termini ne' quali il loro dritto è limitato (v. *infra*, n° 618 e seg.). In quanto concerne i mariti e gli eredi beneficiarii il dritto è regolato al titolo *Del Contratto di Matrimonio* ed al titolo *Delle Successioni*; e senza insistervi qui, ci limitiamo a semplici indicazioni.

In quanto allo erede beneficiario,egli è proprietario; ed in niuna ipotesi deve l' ipoteca che avesse conferita sugl'immobili della successione essere annullata, salvo, a favore dei creditori e legatarii della successione, gli effetti della separazione de' patrimoni che si è operata di pieno dritto al momento dell' accettazione sotto benefizio d' inventario (v. *supra*, n° 301).

In quanto al marito, i suoi dritti variano secondo che il matrimonio è stato contratto in comunione o sotto il regime dotale. Se è maritato in comunione, à una duplice amministrazione, quella dei beni comuni e quella de' beni della moglie; la prima à il suo principio nella qualità di capo della comunione, la seconda deriva dalla potestà maritale: quindi una notevole differenza ne' poteri del marito secondo che si tratta degl' immobili in comunione o degl' immobili personali alla moglie, può ipotecare i primi liberamente, non prendendo consiglio che da sè stesso, laddove non può ipotecare i secondi senza il consenso della moglie (Codice Napoleone, art. 1421 e 1428). Evvi tuttavia una situazione particolare in cui questo consenso non è necessario al marito per *ipotecare*, mentre gli è necessario per *alienare*: gli è quando un immobile della moglie non è mobilizzato che per una certa somma (Codice Napoleone, art. 1507). È ancora uno dei casi eccezionali (enunciati più innanzi 609 e 612) in cui la capacità d' ipotecare non è correlativa a quella di alienare. — Se il marito è maritato sotto il regime dotale, la sua azione si limita in generale ad abilitare la moglie, col consenso che le dà, e che le è sempre necessario, come abbiam mostrato poc' anzi (v. n° 611): e la sua azione in ciò consiste, sia che si tratti d' ipotecare gl' immobili parafernali, sia che si tratti d' ipotecare gl' immobili dotali, ne' casi in cui l' ipoteca ne può essere eccezionalmente au-

(1) Rig., 2 giug. 1836 (Dev., 36, 1, 673).
(2) Esam., 21 apr. 1841 (Dall., 41, 1, 222).—*Iunge* Esam., 3 mag. 1853 (Dall., 53, 1, 196). — V. ancora su di ciò Persil (art. 2124, n° 8 e 9), Delangle (*Delle Soc.*, n° 146), Troplong (*eod.*, n° 683), Martou (n° 957).
(3) V. Pothier (*Dell Ip.*, n° 48).

torizzata (Codice Napoleone, art. 1555 e seg).

Senza insister di troppo su questi punti, che sono d' altronde ampiamente sviluppati nel Trattato del *Contratto di Matrimonio* che abbiamo pubblicato col Rodière (1), passiamo al caso in cui il detentore di un immobile non vi à che un dritto di godimento.

634. Vogliam parlare dell' usufruttuario e del colono o del locatario. Ed innanzi tratto notiamo esservi, al punto di vista che ci occupa, delle cose acquisite e che non posson neppure esser messe in quistione. Così, l'usufrutto appartenendo alla classe de' beni immobiliari, l' usufruttuario può al certo dar questo dritto in ipoteca; ma asseverantemente ancora non potrebbe gravare ipotecariamento la nuda proprietà : sarebbe dal suo canto un ipotecar la cosa altrui. In quanto al colono o locatario, à minori dritti ancora: non può dare ipoteca nè sulla nuda proprietà nè sul suo dritto di godimento : sulla nuda proprietà, perchè appartiene ad un altro ; sul suo dritto di godimento, perchè, rientrando essenzialmente nella classe de' beni mobili, questo dritto non è suscettivo d' ipoteca. Tutto ciò è fuori dubbio, ed è stabilito nel nostro commentario dello art. 2118 (v. *supra*, n° 378 e seg., 385 e seg.).

Ma ecco la situazione che può presentarsi. Luigi à data la sua terra in fitto a Giuseppe, che vi à edificate delle costruzioni considerevoli ; indi, il colono à fatto de' mutui, ed à affette per cautela del rimborso le costruzioni da lui innalzate. Poteva farlo, e coloro che han mutuato a Giuseppe potran mai prevalersi dell' ipoteca che ànno ottenuta?

La quistione è stata tradotta, in epoca recente, innanzi la Corte di Brusselle, ove è stata risoluta negativamente, in un modo assoluto, da un arresto i cui motivi son pienamente adottati dal Martou, che li riproduce (2). La teoria dello arresto si riassume in questo, che, per far validamente la concessione d' ipoteca, è uopo : 1° che la cosa su cui questo dritto è concesso sia un immobile; 2° che sia tale per parte del costituente ; e che se può ammettersi che, nella specie, gli edifizii fossero immobili al momento della costituzione d' ipoteca, è uopo almeno riconoscere che eran tali, non per parte del costruttore, ma piuttosto per parte del proprietario del suolo, in applicazione del principio consacrato dallo art. 518 del Codice Napoleone. Ma il punto di vista è essenzialmente contestabile. Se si considerasse la posizione del locatario, costruttore degli edifizi, rispetto al proprietario del suolo, forse potrebbesi dire che il locatario non potendo pretendere che il valore de' materiali, il suo dritto è puramente mobiliare. Ma non si tratta di questo ; noi non siamo qui a fronte del proprietario del suolo, il cui dritto, d' altronde, non deve aprirsi che allo spirar dello affitto. Or rispetto a tutti gli altri, e fino allo spirar dello affitto, che sono gli edifizii e che possan mai essere nelle mani del costruttore? Evidentemente degl' immobili, tanto che la vendita che ne fa è considerata come immobiliare per la percezione del dritto di registratura (3). Si è un punto che abbiamo stabilito più innanzi e su cui non vogliamo qui ritornare (v. n° 359). Se sono immobili nelle mani del locatario che li à costruiti deve dunque dirsi che il locatario può darli in ipoteca, come può venderli, cederli, permutarli, ecc.

Ora ne segue forse che questa ipoteca sarà sempre efficace nelle mani del creditore che l' avrà ottenuta? No ; il dritto di proprietà del locatario sulla costruzione è risolvibile, il che non altera in alcun modo il carattere immobiliare di questo dritto (1) ; l' ipoteca potrà dunque risolversi secondo l' evento (v. il commentario dello articolo seguente). È questo un altro lato della quistione, e si scorge che la soluzione qui non può darsi in un modo assoluto.

Posson presentarsi due situazioni : o le costruzioni sono state innalzate dal locatario senza il consenso del proprietario del suolo, o lo sono state con lo assenso di questo proprietario e come condizione dello affitto.

Nel primo caso bisognerà ancora far distinzione se il proprietario, usando dell' alternativa che gli lascia lo art. 555 del Codice Napoleone, esigerà la rimozione delle costruzioni o se le riterrà. — Se le costruzioni son rimosse, si esaminerà come ed in qual momento l' ipoteca è messa in movimento dal creditore ipotecario. Sopponiamo che pegnori gli edifizii e li faccia vendere quando sono ancora in essere ; l' ipoteca produrrà il suo effetto, ed il prezzo sarà distribuito come una cosa immobiliare, chè gli edifizii essendo ancora aderenti al suolo al momento del pegnoramento e della vendita, ân ritenuto perciò stesso la loro natura immobiliare. Supponiamo al contrario che il creditore

(1) V. t. I, n. 676 e 682 ; t. II, n. 164, 170, 500 e seg.

(2) Brusselle 31 ott. 1851. V. Martou (n. 935).

(3) V. i numerosi arresti della Corte di cassazione resi su tal punto, e massime quelli del 13 aprile 1846 (Dall., 46, 1, 171; Dev., 1, 396).

(1) V. i motivi degli arresti citati nella nota precedente.

si presenti dopo la demolizione, non v' ha più immobile allora, quest'immobile è scomparso e si trova sostituito da materiali che han ripresa la loro natura di mobili; e l' ipoteca estinguendosi con lo immobile, ne risulta che il prezzo de' materiali, se sono venduti dopo la demolizione, sarà distribuito per contribuzione tra tutt' i creditori del debitore senz' alcun riguardo alle ipoteche. In luogo d' un pegnoramento praticato dal creditore ipotecario, supponiamo una vendita volontaria per parte del conduttore delle costruzioni mentre sono aderenti al suolo: qui, il creditore ipotecario salva il suo dritto purchè si presenti prima che il prezzo sia uscito dalle mani dello acquirente, o mercè il pagamento fattone, o mercè la distribuzione che avesse avuto luogo per via di ordine; in questo caso, ancorchè la vendita fosse stata fatta a condizione di demolizione, siccome in deffinitiva è un immobile venduto, poichè supponiamo che le costruzioni erano aderenti al momento della vendita, il prezzo sempre che esistesse ancora nelle mani dello acquirente, come abbiamo testè detto, dovrebb' essere distribuito per ordine d' ipoteca. Tali sono i diversi risultati che posson prodursi nel caso in cui il proprietario del suolo otta per la rimozione de' materiali — Che se ritiene le costruzioni in luogo di farle togliere, l' ipoteca data dal locatario al suo creditore è sciolta come il dritto di proprietà di questo locatario. Qui in fatti il proprietario del suolo è reputato essere stato sempre proprietario degli edifizii per dritto di accessione, ossia per un dritto nato nel dì stesso in cui sonosi erette le costruzioni, ed il quale appunto perciò, tuttochè lo si potesse o pur no esercitare, rimonta a questo giorno istesso fin dal momento che colui in favor del quale era aperto crede doverne usare. In quanto al locatario, il suo dritto in questo caso si riassume nella indennità dovutagli; or questa indennità è una cosa puramente mobiliare; ed appunto perciò l'ipoteca del creditore non potrebbe affiggervisi.

Nel secondo caso, se le costruzioni sonosi tolte col consenso del proprietario del suolo, o come una condizione dello affitto, a patto di lasciarle sul suolo con o senza indennità, allo spirar dello affitto, l' ipoteca data dal locatario sarebbe ancora inefficace nelle mani del creditore che l' avesse ottenuta. Che se gli edifizi debbon lasciarsi senza indennità allo spirar dello affitto, il proprietario del suolo è quello che reputasi aver sempre avuta la proprietà degli edifizii; e se debbon lasciarsi salvo indennità, il dritto del locatario sarebbe riassunto in questa indennità regolata anticipatamente. La corte di cassazione à giustamente deciso nel senso di queste soluzioni che le costruzioni erette da un locatario sul terreno datogli in fitto non possono esser l'oggetto di un pegnoramento dal canto de'suoi creditori, massime quando si è espressamente convenuto tra il locatore ed il conduttore che queste costruzioni rimarrebbero in fin dello affitto proprietà del locatore al prezzo di stima (1). Ciò che la Corte dice del pegnoramento di stabili, è uopo dirlo egualmente dell'ipoteca, in applicazione dei principii generali che abbiamo esposti poc'anzi (v. *supra* n. 355).

635. La quistione sarebbe men complicata se si trattasse di costruzioni erette da un usufruttuario. Il secondo paragrafo dello art. 559 del Codice Napoleone dice che l' usufruttuario non può, alla cessazione dell'usufrutto, reclamare indennità di sorta per gli *immegliamenti* cho pretendesse aver fatti, ancorchè il valore della cosa fosse aumentato; a ciò suppone che quest'immegliamenti appartengono al nudo proprietario; quindi non possono essere ipotecati utilmente dall'usufruttuario.

2125 [2011].—Coloro che non ànno sullo immobile se non un dritto sospeso da una condizione, o risolvibile in certi casi, o soggetto a rescissione, non possono consentire che un'ipoteca sottomessa alle stesse condizioni o alla stessa rescissione (a).

SOMMARIO

I. Legame di questo articolo col precedente:
II. Colui il quale, senz'aver attualmente il possesso d'un immobile vi à un dritto sospeso da una condizione, vi può conferire un'ipoteca, la quale è condizionale come il dritto dello stesso costituente. Applicazione; dell'ipoteca consentita da un coerede ad un altro in comunione sullo immobile indiviso; dell'ipoteca consentita dal venditore sotto facoltà di ricompra, ecc.
III. *Quid* di colui il quale, senz'aver attualmente il possesso d'un immobile, à il dritto di farsene riconoscere proprietario mercè un'azione di revindica, di nullità o di rescissione?
IV. Colui il cui dritto è risolvibile o rescindibile in certi casi può eziandio conferire ipoteca. Quale è la sorte dell'ipoteca se il dritto viene ad essere risoluto o rescisso, 1.° nel caso di risoluzione amichevole: 2 nel caso in cui la risoluzione o la rescissione è pronunziata giudiziariamente? Il creditore che non fosse stato parte nella sentenza potrebbe di poi formarvi opposizione di terzo?

(1) V. Ess., 14 feb. 1849 (Dev., 49, 1, 261: Pall., 49, 1, 106).

(a) Niuna divergenza è fra questi articoli.

I. — 636. L' una delle condizioni costitutivo della capacità all' uopo di dare ipoteca è di esser proprietario: lo abbiamo testè assodato nel nostro commentario dello articolo precedente. Ma si è forse proprietario d' una cosa sol quando la si possiede materialmente, la si detiene e sen à la proprietà certa, incommutabile? È forse mestieri trovarsi necessariamente in tal caso per costituir validamente ipoteca? No al certo. Siamo proprietarii non solo delle cose che sono nel nostro dominio, ma eziandio di quelle che possiamo farvi rientrare; non solo di quelle su cui abbiamo un dritto di proprietà riconosciuto, ma altresì di quelle a cui abbiamo un dritto di proprietà che possiamo far riconoscere. « Verbum illud *pertinere*, dice Pomponio, latissime patet; nam et cis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii; pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint. » (L. 181, ff. *De Verb. signif.*) Ulpiano dice similmente; « Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest. » (L. 143, eod. tit.) Pertanto, colui il quale mercè una azione di revindica, di nullità o di rescissione, può esser riconosciuto e dichiarato proprietario d'un immobile, o che ha su quest' immobile un dritto sospeso da una condizione, è ben proprietario sin da ora, nel senso che se l'azione è esercitata con successo o se la condizione si compie, la sentenza o l' evento della condizione non avrà fatto che *dichiarare* un dritto preesistente in suo favore e non l'avrà punto *creato*. È dunque vero dire che è proprietario anche prima della sentenza o dell' evento della condizione, di tal che se inoltre à la capacità di *alienare*, nulla può impedire che costituisca validamente ipoteca sullo immobile, anche quando il suo dritto su questo immobile è litigioso o condizionale. La cosa è di quelle che la legge dichiara suscettive d' ipoteca (v. *supra*, n. 396); il costituente riunisce in sè le due condizioni alle quali è subordinata la capacità d' ipotecare (v. *supra*, n. 609 e seg.): come dunque la costituzione d'ipoteca potrebbe non esser valida?

Ma dall' esser la capacità del costituente piena ed intiera ne segue forse che la costituzione che avrà fatta darà al suo creditore un dritto fisso, certo, incommutabile? No, chè ripugnerebbe alla ragione che il costituente potesse trasmettere de'dritti più estesi di quelli che à egli stesso: laonde il nostro articolo dice (e perciò si liga a quello che precede) che colui il quale non ha sullo immobile che un dritto sospeso da una condizione, o risolvibile in certi casi, o soggetto a rescissione, non può consentire che un' ipoteca sottomessa alle stesse condizioni o alla stessa rescissione.

Dobbiam prendere questa disposizione della legge nelle diverse ipotesi che prevede, e seguire le applicazioni del principio che ferma.

II. — 637. Ed innanzi tratto essa parte da questa idea, certa in principio, che colui il quale non à su di un immobile che un dritto *sospeso da una condizione* può nonpertanto costituire ipoteca su questo immobile. Lo art. 2129, di cui abbiamo già rammentato il testo con anticipazione (v. *supra*, n. 635), ci parlerà, indicando le enunciazioni necessarie alla validità della costituzione d'ipoteca; «degl'immobili attualmente appartenenti al debitore, su'quali consente l'ipoteca del credito;» ma evidentemente le parole *attualmente appartenenti* vi dovranno esser prese nell'ampio senso che indicavamo testè secondo Pomponio ed Ulpiano; ed a tal guisa interpretata, la disposizione non contraddirà punto nè poco il principio, supposto dal nostro articolo, che colui il quale non à su di un immobile se non un dritto sospeso da una condizione vi può nonpertanto consentir l'ipoteca di un credito: solamente, notiamolo, il nostro articolo non adotta questa idea che per fissare la sorte della ipoteca data in questa situazione, per giungere a dire che l'ipoteca è *subordinata* nè più nè meno che il dritto del debitore che l'à conferita, alla stessa guisa e negli stessi termini; ossia che la condizione sospensiva agendo in rapporto all'ipoteca come in rapporto al dritto di proprietà del debitore che l'à costituita, accadrà delle due l'una: o lo evento preveduto si effettuirà, ed allora l'ipoteca rimarrà sullo immobile e sarà considerata come fissatavi dal dì in cui è stata data: o lo evento non si effettuirà, nel qual caso l'ipoteca svanirà e si distaccherà dallo immobile, che si considererà non esserne stato mai affetto.

638. Queste idee generalmente ammesse, non sembrano suscettive di esser contestate: derivano, in fatti, da' principii più certi sulle condizioni sospensive. Tuttavia son disconosciute dal Grenier in alcune situazioni particolari. Suppone egli che il tale immobile è stato venduto o legato a Pietro sotto la condizione che lo acquirente o il legatario dovrà restituire questo immobile a Giuseppe se costui perviene al suo venticinquesimo anno; ovvero suppone ancora che Giuseppe, proprietario di un immobile, ne à consentita la vendita, e lo ha rilasciato a Pietro, ma

che vendendolo si è riservata la facoltà di ricomprarlo entro un termine stabilito: il Grenier sostiene che, in ambo le ipotesi, Pietro soltanto ha potuto conferire ipoteca, perchè unicamente a lui si appartiene la proprietà, e Giuseppe non lo ha pototo; in guisa che se lo immobile venisse ulteriormente nelle suo mani, nella prima ipotesi perchè Giuseppe avrebbe raggiunto il suo venticinquesimo anno, e nella seconda, perchè avrebbe esercitato la ricompra che aveva stipulata, non vi sarebbe conferma o consolidazione dell' ipoteca da lui consentita quando la condizione era ancora pendente (1).

Non v' ha al certo cosa meno ammessibile di una tale proposizione. Che Pietro, nella prima ipotesi, possa dare ipoteca, non è da porsi in dubbio, il nostro articolo lo dice positivamente nella disposizione (di cui ci occuperemo bentosto) nella quale parla di coloro che hanno un *dritto risolvibile* in certi casi. Ma parla in pari tempo di coloro che hanno un dritto *sospeso da una condizione*, o dice che l' ipoteca da essi consentita sarebbe *sottomessa alla stessa condizione*. Or la situazione di Giuseppe, nella ipotesi proposta, è ben quella preveduta dalla legge. Quando lo vi vendo o vi lego il tale immobile, condizione dal canto vostro di restituirlo a Giuseppe se questi raggiunge il suo 25° anno, è ben chiaro che nel mentre vi conferisco un dritto *risolvibile*, io trasmetto a Giuseppe un dritto *sospeso* da una condizione; è chiaro lo stesso evento, ossia il compimento del 25° anno di Giuseppe, nel mentre *risolverà* il vostro dritto, dichiarerà o renderà certo il dritto di costui. Son queste appunto due delle situazioni prevedute dal nostro articolo; ed alla stessa guisa che il creditore a cui avreste conferito ipoteca avrebbe avuto il benefizio dell'una se lo evento non si fosse effettuato, similmente il creditore a cui Giuseppe avesse conferito ipoteca deve avere il benefizio dell'altra se lo evento si effettua (2).

Ancora una volta, ciò è onninamente evidente; e non si può contestare, nella specie proposta, il dritto che ha Giuseppe di costituire un'ipoteca che lo evento della condizione confermerà, senza negare l' una delle disposizioni precise del nostro articolo e disconoscere le nozioni più elementari sugli effetti della condizione sospensiva.

639. Ciò che diciamo della prima ipotesi il diremo della seconda e per gli stessi motivi: il venditore con patto di ricompra è, in fatti, nella posizione di colui il cui dritto sull' immobile è sospeso da una condizione; la condizione qui è che il venditore eserciterà la ricompra entro il termine ed alle condizioni convenute. E tuttavia, sebbene la situazione sia la stessa, l' opinione del Grenier, in questa ipotesi, non è completamente isolata. È stata consacrata, sia virtualmente, sia in un modo espresso, da più corti imperiali, massime dalle Corti di Colmar, di Besanzone e di Bordeaux (3). Ne è riprodotta la espressione nelle osservazioni della Corte di Angers sui progetti di riforma preparati nel 1841: « Come ammettere, diceva siffatta Corte, questa singolarità *che chiameremmo volontieri mostruosa*, di due persone che diano ad un tempo ipoteca sullo stesso bene: Tizio, per esempio, per non averlo venduto che a patto di ricompra, è ancora entro il termine che gli permette di ridivenire proprietario restituendo il prezzo e le spese; e Mevio, perchè lo detiene a titolo di acquirente, sebbene esposto alla più prossima evizione mercè la ricompra stipulata; » e la Corte, giungendo a questa conchiusione che lo acquirente soltanto, finchè non è evinto, ha dritto di conferire ipoteca, non teme di aggiungere che il dare in pari tempo questo dritto al venditore, « è una teoria respinta dal buon senso e dalla ragione dell' uomo il meno versato nello studio delle leggi (4) »

Infine, la Corte di cassazione medesima ha, fino ad un certo punto, autorizzato gl' interpreti del Codice a considerare l'uno de' suoi arresti (che abbiamo già avuto la occasione di valutare al n° 516), come conforme a questa dottrina, dicendo « esser contro l' essenza del contratto di vendita che il venditore ritenga la proprietà, e che la facoltà istessa che si riserba di ricuperare questa proprietà suppone necessariamente che l' ha perduta; che da questi principii *incontrastabili* risulta la conseguenza che lo acquirente soltanto ha sul bene venduto il *jus in re*, ossia il dritto di alienare e d' ipotecare, con la eventualità però che presenta la clausola risolutiva; *mentre che il venditore* spossessato *non è più che il jus ad rem* nella azione che si è riservata (5)...» La verità

(1) V. Grenier (t. I, n. 153).
(2) V. Troplong (n. 468 *quater*).
(3) V. Colmar 12 luglio 1816, Besanzone 22 nov. 1822, Bordeaux, 5 gen. 1833 (Dev., 33, 2, 184).
(4) *Doc. ip.* (t. III, p. 242).
(5) Sono questi taluni dei motivi dello arresto del 12 dicembre 1825 col quale è stato rigettato il ricorso per annullamento diretto contro lo arresto già citato della corte di Besançon del 22 novembre 1822. Tuttavia abbiamo fatto osservare poc'anzi che la corte di cassazione non aveva dovuto o non si era applicata a risolvere la quistione che qui trattiamo. Nella specie si trattava di statuire sulla sorte di un iscrizione presa su beni presenti e futuri da

è però che il venditore con patto di ricompra ha sullo immobile da lui venduto un dritto condizionale che si attuerà a favor suo se esercita la ricompra ed il ridurlo a non avere se non il semplice *jus ad rem* di cui si parla nel motivi dello arresto reso dalla corte suprema ed in quelli degli altri arresti citati, non è forse un disconoscere una situazione regolata dalla legge in disposizioni che sembranci non abbian nulla di equivoco?

È, in fatti, un principio che la vendita con patto di ricompra non trasmette allo acquirente che una proprietà *risolvibile*; lo acquirente è proprietario sotto una condizione risolutiva; tutti il riconoscono, e gli arresti delle Corti di Colmar, di Besanzone e di Bordeaux, che han consacrato l'opinione del Grenier, lo dicono essi stessi nei loro motivi. Or ciò solo basterebbe, chè è evidente che la proprietà sotto condizione risolutiva implica un'altra proprietà sotto condizione sospensiva; v'à in ciò una collegazione necessaria, ed in tutt'i casi in cui un immobile appartiene ad una persona *sotto condizione risolutiva*, si può dire che v'à nu'altra persona a cui questo stesso immobile appartiene *sotto condiziona sospensiva*. Qual'è quest'altra persona nella nostra specie? È evidentemente il venditore. Ed in fatti, il Codice ci dice, nello art. 1664, che « il venditore che vende con patto di ricompra può esercitare la sua azione contro il secondo acquirente, *quand' anche la facoltà di ricompra non fosse stata dichiarata nel secondo contratto*; » ci dice ancora, nello art. 1673, che « quando il venditore rientra nel suo fondo per lo effetto del patto di ricompra, *lo riprende esente da tutti gli oneri ed ipoteche di cui lo acquirente lo avesse gravato*. » E che importa ciò se non che il venditore, nel caso di vendita con patto di ricompra, riman fermo col suo dritto di proprietà, accanto allo acquirente la cui proprietà è risolvibile, dritto indubitatamente condizionale, ma la cui energia è tale che si effettua con l'adempimento della condizione, ossia con l'esercizio della ricompra, la vendita primitiva sarà annullata e non ne rimarrà alcuna traccia, tanto che il venditore continuerà ad esser proprietario e non avrà cessato di esserlo. Al certo noi siamo lungi da questo *ius ad rem* di cui parlano gli arresti; ed il dritto del venditore durante il termine del patto di ricompra è ben realmente un dritto sospeso *da una condiziona*. Ciò posto, la quistione è risoluta dal nostro articolo stesso, poichè accorda formalmente a colui il cui dritto è sospeso da una condizione la facoltà di conferire un'ipoteca sottomessa alla stessa condizione. Il venditore che vende col patto di ricompra può dunque costituire ipoteca, e salvo il Grenier, tutti gli autori son di questo avviso (1).

A dir vero, lo acquirente medesimo, come ben tosto vedremo, potrà dal suo canto conferire ipoteca sullo immobile, durante il termine del patto di ricompra. Si è questa forse una singolarità *mostruosa*, come à detto la Corte di Angers? E questa Corte vi à essa ben riflettuto quando à annunziato esser questa una teorica respinta dal buon senso e dalla ragione dell'uomo men versato nello studio delle leggi? Noi crediamo di no, e la Corte di Angers si sarebbe al certo astenuta dalla sua censura, la quale d'altronde à per sè il sentimento di un solo autore di cui tutti gli altri combattono la dottrina, se avesse badato all'economia di questo testo sì positivo. Ripetiamol pure, esso non dice soltanto che posson consentire un'ipoteca, coloro che ànno su di un immobile un dritto risolvibile, dice eziandio che coloro il posson del pari i quali ànno sull'immobile *un dritto sospeso da una condizione*, salvo che l'ipoteca consentita in queste diverse situazioni è sottomessa alle stesse condizioni che affettano il dritto dei costituenti. E come non è possibile di fare astrazione da questo testo, nè di restringerne la estensione, è ben forza ammettere che, nel caso di vendita con patto di ricompra, lo acquirente ed il venditore ad un tempo posson dare ipoteca, durante

un debitore in virtù d'una sentenza resa contro questo debitore dopo che aveva venduto l'uno dei suoi immobili, ma prima dello spirar del termine stipulato per l'esercizio della ricompra che si era riservato di effettuire ed il creditore che pretendeva far cadere la sua ipoteca giudiziaria su questo immobile dopo la ricompra, si trovava a fronte, non del venditore medesimo, ma di un cessionario al quale costui aveva ceduto il dritto di esercitare la ricompra e che l'aveva esercitato. In questo stato, lo arresto à deciso che l'ipoteca giudiziaria non si estende a favore del *creditore del venditore* sullo immobile acquistato dal *cessionario*, in virtù del patto di ricompra, o, in altri termini, che il creditore ipotecario del venditore con patto di ricompra non è creditore ipotecario del cessionario. La soluzione è esatta, l'abbiam mostrato più innanti (v. n° 516). I motivi soltanto, almeno quelli che qui riproduciamo, possono esser censurati.

(1) V. Tarrible (Rep., n° Ip. sez. 2, § 3. art. 3, n° 5), Delvincourt (§ III, p. 292, nota 4), Persil (art. 2118, n° 4) Dalloz (p. 120, n° 6), Duranton (t. XIX, n° 278), Valette (p. 202), Troplong (n° 469), Taulier (§. VII, p. 256), Martou (n° 964), Duvergier (Della Vendita, n° 29) — V. pure Bruselle, 10 nov. 1813, 15 giug. 1818; Douai, 26 lug. 1820.

il termine del patto di ricompra, sullo immobile che è stato l'oggetto della vendita, l'uno perchè è nella condizione di coloro il cui dritto è risolvibile, e l'altro perchè è nel caso di quelli il cui dritto è sospeso da una condizione.

Ed ora, che l'ipoteca consentita sia dall'uno, sia dall'altro, dà al creditore una garenzia imperfettissima, lo concediamo: ed a questo punto di vista, diremo volontieri col Marcadè (sullo art. 1659, n° 2) che il creditore il quale, durante il termine convenuto pel retratto dello immobile venduto con patto di ricompra, volesse acquistare un' ipoteca su quest' immobile, non sarebbe appieno sicuro se non facendosela concedere ad un tempo e dal compratore e dal venditore. Ma questa idea che l' ipoteca non dev' essere efficace che a tal condizione, efficace in ogni ipotesi, ossia contro lo acquirente, se, non avendo luogo il retratto, riman egli proprietario, e contro il venditore all' opposto se, avendo luogo il retratto, costui si trova di aver sempre avuta la proprietà; questa idea, diciamo, non esclude punto nè poco l' altra che il venditore soltanto può al pari dello acquirente, e ciascuno dal canto suo, costituire l' ipoteca: solamente, allora l' ipoteca darà una garenzia incerta ed affatto subordinata all' evento; ma ciò riguarda il creditore, e se vuol contentarsi della cautela che gli vien data, se vuole accettare l' affezione ipotecaria con tutte le sue eventualità, le sue incertezze, ne è ben il padrone al certo: non vediamo nn sol testo ed una sola considerazione veramente seria che possa esservi di opposizione.

640. Notiamo, terminando sulla prima disposizione del nostro articolo, un caso il quale, se non presenta seria difficoltà nell'applicazione, ha mossa l' attenzione a più riprese a causa degl' inconvenienti e de' pericoli che vi sono annessi. Intendiam parlare del caso in cui è conferita un' ipoteca da un comunista durante il tempo della indivisione. Il coerede, o qualunque altro comproprietario indiviso, à certamente, prima della divisione, un dritto di proprietà che gli permette di conferire ipoteca; e nulla impedisce che, se usa di questo dritto, restringa l' ipoteca che consente alla sola porzione che possiede nello immobile al momento della sua obbligazione, per esempio, alla metà se lo immobile indiviso dev' esser diviso in porzioni eguali tra due comproprietari. La Corte di cassazione à esattissimamente deciso, in questo senso, che quando un immobile è indiviso tra due comproprietari, se l' uno dei due conviene di gravar d' ipoteca la metà che gli appartiene, non v' à sempre che *metà* specialmente affetta all' ipoteca; di tal che se lo immobile viene a licitarsi, e se il costituente riman proprietario della totalità, non ne risulta estinzione dell' ipoteca, non producendo l' evento che il creditore il quale, con la convenzione speciale aveva un' ipoteca ristretta a metà, abbia, per la forza della legge, ottenuta un' ipoteca estesa alla totalità. (1) Gli è una conseguenza naturalissima del principio della specialità fermato nello art. 2129 a cui perverremo di breve.

Ma il comproprietario può pure conferire ipoteca senza nulla precisare, poichè il dritto eventuale che à sulla totalità degli immobili compresi nella indivisione lo pone nella condizione a cui è subordinata la capacità d' ipotecare. Lo stesso arresto lo dice ne' suoi motivi, ed ha tutta la ragione di dirlo: solamente, siccome questo dritto è eventuale, l' esistenza dell' ipoteca è eventuale del pari; è subordinata allo evento della divisione ed alle sue eventualità. In ciò appunto la situazione rientra nelle previsioni del nostro articolo.

Pertanto, agendo qui la finzione dello art. 883 del Codice Napoleone, l'esistenza o l' efficacia dell' ipoteca dipenderà dalla divisione che dichiarerà la propriatà dei condividenti. Se lo immobile gravato dell' ipoteca entra, per lo effetto della divisione, nella quota di quello fra' condividenti il quale ha costituita l' ipoteca, l' affezione ipotecaria è consolidata, ed il creditore avrà la sua ipoteca dal dì in cui sarebbesi iscritta, perchè il debitore che l' à costituita è reputato, per la finzione della legge, essere stato sempre proprietario dello immobile gravato: se lo immobile passa in un' altra quota che non sia quella del debitore, l' ipoteca sparisce e si cancella completamente dallo immobile; sn cui non lascia la minima traccia, perchè il debitore è reputato non essere stato mai proprietario di questo immobile, e non aver quindi mai avuta la capacità d' ipotecarlo (2).

Son queste delle conseguenze necessarie del principio fermato nello art. 883 del Co-

(1) V. Cass., 6 dec. 1836. — Si è deciso, nello stesso senso, che la parte spettante a ciascuno dei membri d' una compagnia lo paludi comunali di cui questa compagnia à intrapreso il disseccamento può, dopo terminato questo disseccamento ed operata la divisione tra la comune e la compagnia, essere ipotecata da ciascuno de' socii, sebbene non siasi tra essi ancor fatta divisione di sorta. Rig. 8 feb. 1847 (Dev., 48, 1, 43).

(2) V. Aix, 23 gen. 1835 (Dall, 35, 2, 102).

dice Napoleone. Ma non si può disconoscere che presentano, come testè dicevamo, gravi inconvenienti anzichè no. La Corte e la facoltà di Rennes li additavano nelle loro osservazioni su' progetti di riforma del 1841. I creditori di un condividente, dicevano esse, non son sempre in grado di prevenire, con l'opposizione che lo art. 882 li autorizza a fare, la confezione di una divisione; son sovente troppo lungi per conoscere l'apertura della successione; talvolta ancora i coeredi li precedono per prestezza, chè, quando costoro son tutti maggiori, una divisione privata con data corta può farsi *immediatamente* e sonosi veduti molti casi in cui la collusione del debitore co' suoi coeredi à distrutto nel modo più deplorabile le garenzie che egli aveva eventualmente date a'suoi creditori (1). Diversi mezzi sonosi presentati come suscettivi di prevenire questi pericoli e queste frodi; e forse ven sarebbero di attuabili, per esempio se, come si esprime la Corte di Rennes, la legge dispone che *la iscrizione varrebbe opposizione ad ogni divisione*, in guisa che i coeredi fossero tenuti a chiamare i creditori iscritti. Ma in mancanza di queste precauzioni e di qualunque altra è forza attenersi al testo della legge.

III.—641. Indipendentemente dal caso di cui or ora abbiamo parlato, il nostro articolo, come abbiamo detto, ne prevede un altro, che è quello in cui il dritto sullo immobile è risolvibile o soggetto a rescissione. Ma, como ciò risulta pure dalle osservazioni che precedono, questo caso è complesso o suppone due posizioni perfettamente distinte: quella del detentore, il cui dritto è risolvibile o suscettivo di essere annullato o rescisso; e quella dello attore a favor del quale la risoluzione, la nullità o la rescissione può aver luogo. Innanti di occuparci della prima di queste due posizioni, specialmente preveduta dal nostro articolo, diciamo qualche cosa della seconda.

642. Colui il quale, senz'aver attualmente il possesso d'un immobile, à il dritto di farsene riconoscere proprietario mercè un'azione di revindica, di nullità o di rescissione, può mai anche prima di esercitare la sua azione, conferire un'ipoteca sullo immobile? E se lo può, qual sarà il carattere e la estensione dell'affezione ipotecaria cho avrà consentita? Se ci riportiamo alle osservazioni che precedono, queste quistioni si trovano ora risolute. La posizione supposta non differisce essenzialmente da quella in cui si trovano coloro che ànno sullo immobile un *dritto sospeso da una condizione*: la condizione qui è il successo dell'azione da introdurre. Si può quindi dire che, se la seconda disposizione del nostro articolo è estranea a questo caso, in quanto parla solo dell'ipoteca consentita dal detentore dell'immobile gravato, sia da una condizione risolutiva, sia da una causa di nullità o di rescissione, la prima vi si applica direttamente e dà il dritto di costituire ipoteca a colui a favor del quale può risolversi la condizione o la causa di evizione.

Così, voi detenete indebitamente la cosa che possedeva mio padre, di cui io sono l'erede, ed ò un azione di revindica di questa cosa; ovvero, vi ho venduta la mia casa, ma sono stato indotto in errore quando ò venduto, o il mio consenso mi è stato sorpreso o estorto con dolo o violenza, ed ò un'azione di rescissione della vendita che vi ò consentita; in tutte queste situazioni ed in tutte quello in cui potrò far riconoscere il mio dritto di proprietà mercè un'azione analoga, mi sarà permesso di conferire eventualmente una ipoteca sullo immobile il quale presto o tardi sarà l'oggetto della mia domanda.

643. Ma qui, como in tutt'i casi in cui il dritto sullo immobile è sospeso da una condizione, la sorte dell'ipoteca sarà subordinata agli eventi ulteriori. Nulla e non avvenuta se l'azione introdotta non viene a termine, e si trova respinta da sentenza, l'ipoteca sarà pienamente confermata, se, al contrario, la sentenza accoglie la domanda; diverrà certa e fissa da incerta ed eventuale che era; e se è stata conservata con iscrizione, l'ipoteca prenderà rango dal dì stesso in cui sarà stata iscritta, perchè la sentenza che à statuito sulla domanda non à fatto che *dichiarare* il dritto dello attore, in guisa che in realtà l'ipoteca è stata consentita sullo immobile da colui che ne era proprietario *ab initio*.

IV.—644. Veniamo ora a colui che detiene lo immobile, ma il cui dritto è risolvibile o soggetto a rescissione. Per costui, non v'à dubbio possibile, la facoltà che à di conferire ipoteca sullo immobile è virtualmente riconosciuta dal nostro articolo. Pertanto, nel caso di vendita con patto di ricompra, lo acquirente, il cui dritto è risolvibile e si risolverà se il venditore eserciti la ricompra, può nullameno costituire ipoteca prima dello evento della condizione risoletiva sotto cui possiede; lo stesso è a dirsi del donatario d'un immobile, tuttochè la donazione possa esser rivocata o annullata per cause diverse, come per ingratitudine, per soprravvegnenza di figli, per inesecuzione delle condizioni, per vizii di forma ecc.; similmente di colui il quale, nel caso di sostituzione permessa, detiene lo

(1) *Doc. Ip.* (t. I, p. 466: t. III, p. 292 e 293.)

immobile a condiziono di restituirlo a' suoi figli, tuttochè il suo dritto debba risolversi so i chiamati gli sopravvivono; lo stesso dicasi, dopo la divisione di una successione, del condividente che è in possesso, sebbene la divisione possa esser rescissa per causa di violenza o di dolo o so vi è stata lesione di più di un quarto a danno dell'uno de'coeredi; similmente dello erede maggiore che à accettata una successione, tuttochè possa esser esonerato dalla sua accettazione nel caso in cui fosse stata la conseguenza di un dolo praticato verso di lui o se è stato scoverto un testamento con cui la successione sarebbe assorbita o scemata di più di metà; egualmente dello acquirente di un immobile, sebbene la vendita debba esser rescissa nel caso in cui il venditore fosso stato leso di oltre sette dodicesimi; ecc. In tutte queste ipotesi, ed in tutte le altre in cui il dritto del detentore dello immobile fosse egualmente risolvibile o soggetto a rescissione, è fuori dubbio che questo detentore è capace di conferire ipoteca su questo immobile cui la risoluzione, o la rescissione può tuttavia far uscire dalle sue mani; è questa la supposizione precisa su cui la seconda disposizione del nostro articolo è fondata.

645. Ma qual è il carattere di questa ipoteca e quale ne dev'essere la sorte? Il nostro articolo è esplicito e positivo su tal punto; esso ci dice che colui che è proprietario sotto una condizione risolutiva o il cui dritto è soggetto a rescissione non può consentire sullo immobile che un'ipoteca sottomessa alla medesima condizione o alla stessa rescissione. Pertanto, l'ipoteca è subordinata qui ancora agli eventi ulteriori. Per esempio, Pietro à comprato da Paolo la casa che costui possiede a Versailles, sotto la condizione che la vendita sarà sciolta se gli pervenisse al tempo della divisione un'altra casa dipendente dalla successione ancora indivisa del padre di lui. Pietro, divenuto proprietario della casa di Versailles sotto questa condizione risolutiva, la dà tuttavia in ipoteca a Giuseppe. Il dritto ipotecario di quest'ultimo è subordinato allo evento di questa divisione, su cui poggia la condizione risolutiva messa alla vendita. Se la casa dipendente dalla successione del padre di Pietro non è nella quota di quest'ultimo, la vendita sussiste e l'ipoteca conferita a Giuseppe sulla casa di Versailles è consolidata; al contrario, se la casa è nella quota di Pietro, la vendita della casa di Versailles è sciolta, l'ipoteca di Giuseppe è annullata, e lo immobile ne rimane libero come se non ne fosse stato mai affetto.—Lo stesso à luogo nel caso di vendita con patto di ricompra, in rapporto alle ipoteche che avesse date lo acquirente. Così, Paolo à venduto a Pietro la sua casa di Versailles, riservandosi di ricomprarla entro un termine di tre anni: Pietro consente sulla casa un'ipoteca a Giuseppe, il quale l'accetta, sebbene il dritto del suo debitore sia risolvibile con lo esercizio della ricompra; l'ipoteca starà o no, secondo l'evento: se il termine di tre anni spira senza che Paolo si sia avvalso del patto di ricompra, la proprietà è trasmessa a Pietro definitivamente ed in un modo incommutabile, e l'ipoteca di Giuseppe sussiste; al contrario, se Paolo si avvale del patto di ricompra entro il termine convenuto, il dritto di Pietro è risoluto, e con esso cade o si annulla il dritto ipotecario di Giuseppe: si è l'applicazione netta e diretta della massima: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

646. Tuttavia, è uopo badar bene, la regola non è talmente assoluta da non esser suscettiva di qualche eccezione. Il principio a tal riguardo è fermato dal Loyseau, il quale, facendo distinzione tra il caso in cui il dritto del detentore dello immobile è risoluto o rescisso *da una causa necessaria ed inerente al titolo di acquisto*, o quello in cui la rescissione procede da una *causa nuova e volontaria*, insegna che, se le risoluzioni e rescissioni agiscono in guisa che fan rientrare lo immobile franco e libero da ogni onere nelle mani dello attore, si è nel primo caso soltanto, «affine, dice il Loyseau, che non sia nel potere del debitore di attutir l'ipoteca quando il volesse. » La distinzione è generalmente ammessa dagli autori (1); la leggo medesima la riconosce talvolta e la consacra, massime quando mantiene le ipoteche costituite dal donatario il cui titolo viene ad esser rivocato per causa d'ingratitudine (Codice Napoleone, art. 958); è dunque bene seguirla, e noi la consideriamo come applicabile, sia alle risoluzioni amichevoli, sia alle risoluzioni pronunciate con sentenza.

Pertanto, in quanto alle risoluzioni amichevoli, noi non ammettiamo la teoria proposta in un modo troppo assoluto da alcuni autori, e massime dal Toullier; « La risoluzione, dic'egli, può farsi col consenso mutuo delle parti; ma allora, siccome non à causa necessaria, è meno una risoluzione propriamente detta che una convenzione nuova, la quale non può produrre alcun danno a' dritti acquistati a terzi (2). »

Ciò è giusto, ma soltanto nel caso in cui

(1) Loyseau (Del Rilascio, lib. 6, cap. 3, n° 6). V. pure Troplong (n° 466), Martou (n° 969).

(2) V. Toullier (t. VII, p. 635) = lunge. Duranton (t. XVI, n° 387).

la risoluzione non ha, in fatti, una causa necessaria ed incrente al titolo di acquisto; allora bisogna proteggere i creditori ipotecarii o qualunque altro che abbia un dritto reale sullo immobile contro le combinazioni fraudolenti, mercè cui le parti interessate potrebbero nuocere a questi dritti ed attatirli, seconda la espressione del Loyseau. Ma se la risoluzione ha realmente una causa necessaria e legittima, se il consenso di colui il cui dritto è risoluto non è stato dato amichevolmente che per prevenire una decisione giudiziaria inevitabile, è giusto che lo immobile rientri libero nelle mani del proprietario e che gli oneri da cui è stato dallo acquirente gravato non sopravvivano alla risoluzione. Ed è stato esattamente deciso, in questo senso, che la risoluzione amichevole consentita *senza frode* dall' acquirente, per manco di pagamento di prezzo, opera, nè più nè meno che la risoluzione pronunziata in giudizio, l' estinzione degli oneri e delle ipoteche create dallo acquirente sugl' immobili (1).

Similmente, in quanto alle risoluzioni giudiziarie, noi non ammettiamo, in tesi generale almeno, la decisione in senso inverso della Corte di cassazione, e dalla quale risulta che i terzi di buona fede a cui il donatario à ipotecato i beni donati non possono essere evinti dallo esercizio dell' azione di riduzione formata dagli eredi riservatarii, allorchè, fatta la donazione sotto la forma di un contratto di vendita, ànno i terzi potuto considerare il donatario come proprietario incommutabile (2).

Per istraordinarie che sieno le circostanze in cui lo arresto è stato reso, è uopo riconoscere che la decisione à violato lo art. 929, secondo cui « gl' immobili da ricuperarsi per lo effetto della riduzione, lo saranno *senza onere di debiti* o *ipoteche create dal donatario*; » e, come dice esattissimamente il Coin-Delisle, non si potrebbe conchiudere dallo arresto « che per principio debbonsi dichiarare indelebili le ipoteche create dal donatario che avesse avuto l' abilità di celare una donazione sotto la forma di una vendita (3) » In fatti, la regola fermata nello art. 929 nasce dalla distinzione indicata dal Loyseau; la risoluzione, qui, procede da una causa necessaria ed anteriore al titolo di acquisto, e l'occultamento della donazione, quale che abbia potuto essere la buona fede de' terzi, non potrebbe opporsi agli eredi riservatari che agiscono per ottenere la loro riserva intatta.

647. Tutto ciò mostra il grand' interesse che ànno i creditori ipotecarii nelle cause in cui si trova impegnato il dritto di proprietà in rapporto agli immobili su' quali essi àn preso iscrizione. E ciò indica ancora tutta l' importanza che si dà alla quistione di sapere se la sentenza rescissoria resa contro il debitore che à conferita ipoteca è opponibile al creditore ipotecario che non vi è stato parte, quando questa sentenza non è stata dichiarata comune con lui; in altri termini, se il creditore ipotecario è stato legalmente rappresentato dal suo debitore, al pari de' creditori chirografarii, in guisa che non possa ricorrere contro la sentenza ed impugnarla per la via della opposizione di terzo. Il Marcadè, combattendo la giurisprudenza la quale, fino al 1841, aveva invariabilmente considerato il debitore come rappresentante il suo creditore anche ipotecario, à presentato su questa grave quistione delle osservazioni sì minute e decisive che sarebbe fuori proposito ritornarci qui. Limitiamoci, adottando in tutto e pertutto la soluzione del Marcadè sullo art. 1351, n° 12, a dire che la giurisprudenza tende a ritornare sul sistema che aveva in prima consacrato, e che gli arresti più recenti ànno ammesso che i creditori ipotecaril non son rappresentati dal loro debitore nelle cause ove son messi in quistione i dritti di quest' ultimo sullo immobile ipotecato (4).

2126 [2012] — I beni de' minori, degli interdetti, e quelli degli assenti, finchè il possesso ne è deferito sol provvisoriamente, non possono essere ipotecati che per le cause o nelle forme stabilite dalla legge, o in virtù di sentenze (a).

SOMMARIO.

I. Il nostro articolo si rallega all' idea che solo il proprietario dello immobile può ipotecarlo, o non riguarda che l' ipoteca convenzionale.
II. Spiegazione del testo o distinzioni da farsi tra l' ipoteca convenzionale de' beni de' minori ed interdetti o quella de' beni degli assenti.
III. Continuazione. — Che l' autorizzazione giudizia-

(1) V. Es., 10 marzo 1836; Bourges, 12 feb. 1853 (Fall 36, 1. 167, 53 2, 175, Dev. 36, 1. 167, 53, 2, 441. J. P 1853 t., I, p. 374) — lungo: l'ass. 30 apr. 1827 e 12 marzo 1829. — — V. pure Troplong (Della Vendita, n° 691), Marton (n° 970).

(2) Es. 4 dec. 1826

(3) V. Coin-Delisle (sugli art. 929,930, n° 16).

(4) V. Bourges 6 nov. 1853. Orleans, 15 feb. 1854. Tulosa, 7 marzo 1853, Rig. 14 nov. 1853; Es. 20 giug 1854 (1 p. 1854, t. I p. 178, t. II, p. 203, 1855. t. I. p. 621. t. II, p. 290, Dall. 54, 1, 231).

(a) Niuna divergenza è tra questi articoli.

ria per ipotecare i beni degli assenti è necessaria soltanto nel secondo periodo dell' assenza. Conseguenze : — coloro che ànno ottenuta l'immissione in possesso definitivo possono, senz'autorizzazione, ipotecare i beni dello assente. — *Quid* del coniuge in comunione di beni trovandosi l' altro in istato di assenza, allorchè opta, sia per la continuazione, sia per la dissoluzione della comunione? Distinzioni.

I.—648. La legge conferma qui quella specie d'inalienabilità di cui i beni immobili dei minori o degl' interdetti e quelli degli assenti trovansi temporaneamente colpiti, in uno scopo tutto di protezione (Codice Nap. art. 128, 457, 509). Il nostro articolo non si rannoda dunque soltanto all'idea che, per costituire ipoteca, *fa d'uopo avere la capacità personale di alienare*; in questo senso non sarebbe che la inutile ripetizione della regola già fermata nell'art. 2124; si rannoda ancora e più particolarmente a questa altra idea, cioè che il solo proprietario dell'immobilità può darlo in ipoteca e si rannoda a questa idea per limitare la regola o almeno per metterla in relazione con l'altra di inalienabile di cui testè parlammo. Il nostro articolo vuole dire adunque che, tutto che proprietarii di immobili, i minori, gl' interdetti, gli assenti, o meglio coloro che avendo l' amministrazione delle loro persone e dei loro beni li rappresentano e trattano in loro nome e per loro, non àn tuttavia la libertà assoluta di affettare questi immobili ipotecariamente, e che rispetto ad essi il dritto di conferire ipoteca non è aperto che in certe circostanze e per cause determinate. — Tal è il principio del nostro articolo; vediamone l' importanza.

649. Innanzi tratto riguarda le ipoteche le quali, tuttochè derivanti dalla legge (*supra* n. 322), han però la loro causa prossima nella *convenzione*, ciò è evidente o pel posto che lo articolo occupa nel Codice, poichè è scritto nella sezione relativa alla ipoteca *convenzionale*, e pel suo testo stesso, poichè la formola in cui è contenuto è indicativa di un consenso volontario e spontaneo del debitore o de' suoi rappresentanti. La disposizione del nostro articolo, non è dunque applicabile alle ipoteche che si stabiliscono di pieno dritto, per la sola autorità della legge, senza la partecipazione del debitore. Così, se un minore contrae matrimonio, i suoi beni immobili sono affetti allo istante istesso, nè più nè meno che se fosse maggiore ed arbitro de' suoi dritti, dall' ipoteca *legale* attribuita dagli art. 2121 e 2135 alle mogli per causa delle loro doti e convenzioni matrimoniali (*supra*, numeri 429 e seg.).

Se una condanna è pronunciata contro un minore, un interdetto, un assente, nella persona del tutore o dell' amministratore che li rappresenta, il creditore che à ottenuto la condanna può prendere iscrizione in virtù della sentenza ed assicurarsi in tutta la sua generalità, come se il debitore fosse presente e pienamente capace, l' ipoteca *giudiziaria* ammessa dallo art. 2123 alle sentenze o atti giudiziarii (*supra*, num. 573 e seg.)

II.—650. Dopo questa prima osservazione v' à un altro punto da precisare per distinguere delle situazioni che il legislatore non à voluto confondere, tuttochè la distinzione non sia chiaramente indicata. Il nostro articolo, ponendo in apparenza sulla stessa linea i minori, gli interdetti e gli assenti durante il secondo periodo dell' assenza, ci dice che i loro beni non possono essere ipotecati che per *le cause e nelle forme stabilite dalla legge, o in virtù di sentenze*. Ma è uopo spiegarsi: la legge stabilisce in fatti delle cause e delle forme per l' ipoteca *convenzionale* de' beni de' minori e degli interdetti (art. 457, 458, 509); ma non ne stabilisce alcuna per l' ipoteca de' beni degli assenti, chè secondo lo art. 128 del Codice Napoleone che interdice formalmente a coloro che godono solo in virtù dell' immissione in possesso provvisorio d' ipotecare gli immobili dell' assente, non v' à testo nel Codice, allo infuori di quello del nostro articolo, che tolga, modifichi o limiti questo divieto. D' altra parte, il nostro articolo parla di *sentenze* in virtù delle quali i beni di cui si occupa potranno essere ipotecati convenzionalmente; ma evidentemente i beni a' quali fa in ciò allusione, non sono quelli de' minori e degli interdetti, chè v' à per questi delle forme precise e determinate, allo adempimento delle quali il nostro articolo à subordinato la validità dell' ipoteca convenzionale; or queste forme non consistono in una sentenza soltanto; v' à di più l' autorizzazione preliminare che deve emanare dal consiglio di famiglia e di cui il tutore deve indi domandare ed ottenere l' omologazione dal tribunale (art. 457, 458). Che conchiudere da tutto ciò? Che ciascuna delle enunciazioni del nostro articolo à il suo oggetto speciale e limitato; e che la legge, nel riunir che fa le diverse situazioni in una disposizione comune, à però inteso di distinguerle mercè la espressione. Perciò appunto è a dirsi che l' ipoteca *convenzionale* potrà affiggersi a' beni de' minori e degli interdetti *per le cause e nelle forme stabilite dalla legge*, ed a quelli degli assenti, durante il secondo periodo dell' assenza, *in virtù di sentenze*. Così del resto la disposizione del nostro articolo

era stato modificata, *nella forma*, ne' progetti elaborati nel 1851. Il progetto sottomesso alla seconda deliberazione conteneva, nel suo art. 2118, una disposizione in tutto simile a quella del nostro articolo, ma si pensò che il dubbio poteva nascere da una redazione in cui tutte le situazioni prevedute eran confuse in apparenza; e per ben precisare, si proponeva dire nello art. 2115 del progetto preparato per la terza deliberazione: « I beni de' minori o degli interdetti non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. — Quelli degli assenti, finchè il possasso ne è deferito sol provvisoriamente, non possono essere ipotecati che *in virtù di autorizzazione giudiziaria* (1). »

Questo è il pensiero anche del nostro articolo; e sebbene sia redatto diversamente, così deve intendersi.

651. Secondo ciò, il tutore, anche il padre o la madre, non può ipotecare i beni immobili del minore e dell' interdetto senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, il quale non deve accordarla che per causa d' una necessità assoluta o d' un vantaggio evidente. Accordata l' autorizzazione, la deliberazione del consiglio di famiglia non può eseguirsi senza l' omologazione del tribunale di prima istanza, statuente in camera di consiglio, e dopo di aver inteso il procuratore imperiale. (Codice Napoleone, art. 457, 458, 509.) Tali sono le cause e le forme di cui il nostro articolo à inteso parlare

652. In quanto a' beni degli assenti, il divieto di ipotecarli durante il secondo periodo dell' assenza, divieto formalmente pronunciato dallo art. 128 del Codice Napoleone, cederà in tutt' i casi in cui coloro che godono di questi beni in virtù dell' immissione in possesso provvisorio avranno ottenuto l' autorizzazione giudiziaria di gravarli ipotecariamente. Il nostro articolo non esige nulla di più; perciò noi rigettiamo l' opinione di alcuni autori i quali, trascurando di fare nella disposizione del nostro articolo la divisione di sopra indicata, insegnano esser mestieri applicar qui, per estensione, lo art. 457, ed esigere da coloro che godono de' beni in virtù dell' immissione in possesso provvisorio che prima di sollecitare questa sentenza del tribunale si facciano autorizzare dal consiglio di famiglia. Indubitatamente, la legge potrebbe disporre in questo senso, ed in questo senso in fatti dispone la legge belgica del 16 decembre 1851 (v. l' art. 75). Ma tosto che le parole « in virtù di sentenza, » del nostro articolo, si applicano alle ipoteche da stabilirsi su' beni degli assenti, e vi si applicano ad esclusione delle altre parole: « per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, » le quali si riferiscono esclusivamente all'ipoteca convenzionale degl' immobili appartenenti a minori o ad interdetti, è chiaro che, nello stato attuale della legge, gl' immessi in possesso provvisorio soddisfano a tutte le esigenze rivolgendosi direttamente al tribunale per ottenere, senza consultare il consiglio di famiglia, l' autorizzazione di conferire ipoteca su' beni dello assente. La valutazione appartiene per intiero al tribunale, il quale naturalmente prenderà per regola della sua decisione lo interesse dello assente, e, secondo la espressione dello art. 459 del Codice Napoleone, non accorderà l' autorizzazione che per causa di necessità assoluta o di vantaggio evidente.

III. — 653. Notiamo d' altronde che il nostro articolo dispone in veduta del caso in cui l' assenza non à ancora oltrepassato il secondo periodo. Da ciò emerge che quando l'assenza si è prolungata abbastanza da far che la presunzione della morte domini, e la legge autorizzi gli aventi dritto a far pronunciare l' immissione in possesso deffinitivo, coloro che ànno ottenuto questa immissione non ànno più da domandar sentenza per dare ipoteca su' beni dello assente. Ciò risulta dallo art. 32, il quale obbliga lo assente, se ricomparisce, a riprendere i beni *nello stato in cui li trova ed il prezzo di quelli che fossero stati alienati*. D' altronde il divieto d' ipotecare non è fatto dallo art. 128 che a quelli che godono *in virtù dell' immissione in possesso provvisorio*,

(1) La sostituzione di queste ultime espressioni alle parole « in virtù di sentenza, » che sono nel nostro art. 2126, e che erano pure ne' primi progetti di riforma erasi fatta per dinotar meglio che si trattava non d'una ipoteca giudiziaria (la quale d'altronde era soppressa da' progetti in discussione), ma d'una ipoteca *convenzionale* giudiziariamente autorizzata. La precauzione ci sarebbe paruta inutile, chè infine quale apparenza vi è mai che il legislatore pensi all' ipoteca *giudiziaria* quando si occupa di organizzare l'ipoteca *convenzionale*? Tuttavia alcuni autori vi si sono ingannati; ed attenendosi alla disposizione finale del nostro articolo insegnano che se i beni dei minori, degli interdetti o degli assenti son sottomessi all' ipoteca *giudiziaria*, gli è in virtù di questa disposizione (V. anzitutto Troplong, n° 481, 486, e gli autori che cita). Noi persistiamo però nella idea che se questi beni son sottomessi all'ipoteca giudiziaria, gli è perchè una tale ipoteca risulta dalle sentenze *di pieno dritto ed in virtù della legge*, e che il nostro art. 2126 à soltanto in veduta quella che à la sua causa immediata nella *convenzione* (v. *supra*, n° 619).

ed il nostro articolo, che è stato messo esattamente in rapporto con quest'ultima disposizione, se esige lo intervento di una sentenza perchè l'ipoteca convenzionale possa affiggersi a'beni dello assente, lo esige solo finchè il possesso de'beni *non è definito che provvisoriamente*.

654. È forse da inferirne l'altra conseguenza che il coniuge presente, il quale, usando del benefizio dello art. 124, à impedito l'immissione in possesso provvisorio, sarà dispensato ancora da ogni formalità per dare un'ipoteca convenzionale? È uopo far distinzione.

Se trovasi la moglie in istato di assenza, il marito che otta per la continuazione della comunione rimane amministratore legale con tutti i poteri ordinari per conto della associazione coniugale; può dunque ipotecare *i beni della comunione* senza alcuna autorizzazione, come potrebbe farlo, in virtù dello art. 1421 se la moglie fosse presente. L'opinione contraria del Proudhon, che in questo caso invoca lo art. 128, è un errore che abbiamo confutato nel *Trattato del Contratto di matrimonio* da noi pubblicato con Rodiére (1). In quanto a' beni personali della moglie la sarebbe diversamente. Ancorchè il marito prendesse l'amministrazione pur di quelli che la moglie si fosse riserbato di amministrare, i suoi poteri, in quanto a questi beni, non sarebbero differenti da quelli dell'immissione in possesso provvisorio; e quindi il divieto dell'art. 128 sussisterebbe riguardo ad essi, in guisa che una ipoteca convenzionale non potrebbe affiggersi su questi beni che *in virtù di una sentenza*, a' termini del nostro articolo. Se trovasi il marito in istato di assenza dichiarata, la moglie, ottando per la continuazione della comunione non acquista punto gli estesi poteri che appartengono al marito nel caso inverso. I suoi poteri non son altro in generale che quelli degli immessi in possesso provvisorio, e quindi non può ipotecare gl'immobili sottomessi alla sua amministrazione, nè quelli che dipendono dalla comunione nè quelli che appartengono di proprio al marito assente, salvo che una sentenza resa ne' termini del nostro articolo ve l'autorizzi. Abbiamo stabilito ciò più ampiamente nel Trattato del *Contratto di Matrimonio* (2).

Ma il coniuge presente può non far uso del benefizio dello art. 124 ed ottare per la dissoluzione della comunione. In questo caso, se è presente la moglie, non à altri poteri su' beni di cui à effettuita la ripresa che i poteri accordati agl'immessi in possesso provvisorio; amministrerà dunque, ma non potrà ipotecare, salvo che ottenga giudiziariamente l'autorizzazione. In quanto al marito, se è presente lui, à de' poteri più estesi, almeno in quanto concerne i suoi beni personali e la sua parte nella comunione; come questi beni gli sono acquisiti definitivamente e non ne deve dar conto, quali si sieno gli eventi ulteriori, può conferire ipoteca senza astringersi ad alcuna formalità: ma i suoi dritti su'beni che tiene dalla liberalità della moglie assente o dalle stipule del contratto di matrimonio essendo subordinati alla morte di costei, ne segue che il possesso di questi beni non è se non un deposito nelle sue mani (art. 125); e quindi l'ipoteca convenzionale non vi potrebbe essere affissa che in virtù di una sentenza (3).

2127 [2013] — L'ipoteca convenzionale non può esser consentita che con un atto stipulato in forma autentica innanzi due notai o innanzi un notaio e due testimonii (a).

2128 [2014] — I contratti stipulati in paese straniero non posson dare ipoteca su'beni di Francia, se non vi sono delle disposizioni contrarie a questo principio nelle leggi politiche o ne'trattati (b).

SOMMARIO.

I. Transizione alla forma degli atti di costituzione d'ipoteca. Perchè si esige l'autenticità.
II. In quali sensi ed in qual modo è richiesta l'autenticità È necessaria per gli atti di costituzione d'ipoteca. *Quid* delle semplici promesse, degli atti comprovanti il debito garentito dall'ipoteca, dell'accettazione dell'ipoteca da parte del creditore, dell'atto che liquida i crediti eventuali condizionali o indeterminati? *Quid* della procura all'uopo di consentire ipoteca? Rinvio.
III. In che consiste la richiesta autenticità. Gli è quella che risulta dagli atti notarili *Quid* degli atti privati depositati presso un notaio? *Quid* degli atti amministrativi e de'processi verbali dei giudici di pace?—L'atto notarile può mai esser ricevuto in brevetto, o deve rimanere in minuta? Perchè la convenzione d'ipoteca produca il suo effetto deve forse esser registrato?
IV. I contratti stipulati in paese straniero non danno ipoteca su' beni di Francia, salvo il caso di disposizioni contrarie nelle leggi politiche o nei trattati.

I. — 655. Dopo d'aver indicato ne' tre articoli che precedono le condizioni costitutive della capacità all'uopo di conferire ipoteca, il Codice fissa ora le forme a cui subordina l'esistenza di questo dritto: « L'ipoteca con-

(1) V. Trat. del Cont. di Matr. (t. I, n. 745).
(2) V. t. I, n. 748
(3) V. ancora su di ciò il nostro Trattato del *Contratto di Matrimonio* (t. I, n° 778).

(a b) Niuna divergenza è fra questi articoli.

venzionale, ci dice in prima il nostro art. 2127, non può esser consentita che *con un atto stipulato in forma autentica......* Era questa, del resto, la regola del nostro antico dritto francese, salvo in alcune province, e particolarmente in Normandia, ove era ammesso, per eccezione, che l'ipoteca risultava da ogni atto privato, purchè avesse acquisito data certa, sia col controllo, sia con la morte dell'uno de' segnatarii.

Si son soveuto ricercati i motivi pe' quali è stata richiesta l'autenticità pel contratto ipotecario; e sotto il nostro antico dritto, come sotto il moderno, si è generalmente detto che in ciò il legislatore avrebbe ceduto al bisogno di prevenire, o almeno di render più difficili, lo antidate e le frodi a cui gli atti privati si prestano con tanta facilità (1). Ma, secondo noi, la condizione di autenticità trova la sua causa e la sua spiegazione meno ancora in questo pensiere di protezione, a cui d'altronde il sistema dello antico dritto normanno avrebbe dato una sufficiente soddisfazione, che nella idea che tutte le ipoteche, e l'ipoteca convenzionale istessa come le altre, ànno una causa comune, che è la legge d'onde procedono, sia direttamente, sia in un modo mediato. Questa considerazione, che ci spiegava poc' anzi la disposizione dell' articolo 2115 (v. *supra*, num. 322), ci spiega qui quella del nostro art. 2127: come l'ipoteca, per ragione della sua eccezionalità e l'esorbitanza nell'ordine delle cautele, procede dalla legge, la legge non vuole che si stabilisca senza una certa solennità. Questa è del resto la spiegazione che si può indurre dalle osservazioni presentate dal Pothier (2).

II. — 656. Checchè ne sia, la costituzione d'ipoteca à d'uopo, per esser valida, del soccorso dell'autenticità. Ecco il principio. Quale ne è la estensione?

È certo in prima che l'autenticità che fosse solo parziale non risponderebbe all'esigenza della legge. È uopo che l'atto autentico che porta la costituzione d'ipoteca basti a sè stesso. Se, per esempio, conferendo ipoteca, si omettesse un'enunciazione necessaria, invano si aggiungerebbe in un atto privato ciò che mancasse nel contratto: il titolo costitutivo dell'ipoteca non essendo completo per sè stesso, e non completandosi se non per relazione ad un altro atto contenente delle enunciazioni necessarie alla costituzione, il quale atto è privato, l'autenticità sarebbe incompleta, e l'atto non sarebbe punto più valido che se vi fosse mancanza di autenticità. La Corte di Pau si era pronunciata in senso contrario, giudicando in una specie in cui vi era stata apertura di credito con *atto privato*, fino a concorrenza di una somma garentita, in parte, da una consegna di mercanzie, e per un'altra parte, da un' ipoteca costituita *mercè un atto pubblico*, che questa ipoteca doveva considerarsi come applicabile al conto corrente stabilito sullo insieme del credito. Ma, in ciò, la Corte estendeva l'ipoteca stipulata nell'atto autentico a convenzioni che non erano state regolate se non da un atto privato; il suo arresto è stato giustamente annullato per questo motivo (3).

657. Gli è certo ancora che tutto ciò che è il complemento necessario della costituzione d'ipoteca deve parteciparе, come l'atto costitutivo istesso, della forma autentica. E qui si comprende che abbiamo in veduta la quistione già antichissima di sapere. se il mandato dato dal debitore per costituire un' ipoteca convenzionale può esser consentito con atto in iscrittura privata o in altri termini, se l'ipoteca costituita, anche con atto pubblico, da un mandatario munito di una procura privata, sarebbe valida ed efficace.

Noi ci siamo già spiegati su questa quistione, che si presenta la stessa in occasione degli atti di surrogazione nell'ipoteca legale della moglie, atti pe'quali è stata egualmente richiesta l'autenticità dallo art. 9 della legge del 23 marzo 1855. Sappiamo che, per un ritorno di giurisprudenza, la Corte di cassazione ha giustissimamente deciso, il 7 febbraio 1854, che il mandato identificandosi con la costituzione d'ipoteca, la costituzione è valida sol quando il mandato è autentico, nè più nè meno che l' atto di costituzione, (v. *supra*, n. 470). Aggiungiamo qui che la Corte suprema ha persistito poi nella sua nuova giurisprudenza, e vi ha aggiunto inoltre la possente autorità di un arresto portante annullamento (4).

658. Ma l'indivisibilità, in quanto alla forma che noi stabiliamo tra la costituzione d'ipoteca o gli atti o le enunciazioni che ne sono il complemento necessario, non deve estendersi fuori d'una giusta misura.

Per esempio, l'atto privato, o anche una lettera missiva contenente, non una costitu-

(1) V. Domat (L. civ., lib 3. tit. 1, sez. 2), Basnage (Ip., cap. 12). — V. pure Taulier (t. VII, p. 269), Mourlon (Rip. scrit., t. III, p. 471) e le osservazioni della Corte di Angers e della facoltà di Caen (Doc. Ip., t. III, p. 294, 297).

(2) V. Pothier (*Dell' ip.* n° 10). Lo art. 2128 fortifica ancora questa valutazione (v. *infra*, n° 666).

(3) Cass., 1. dec. 1852 (Dall, 54, 1, 275).

(4) Cass., 12 nov. 1855 (Dev., 56, 1, 231). — Aggiungiamo ancora che, su tal punto, il Marcadé era di un avviso contrario (v. *Riv. crit.*, t. II, p. 199).

zione, ma una semplice promessa d'ipoteca, sarebbe obbligatorio in una specie in cui un creditore aveva espresso, con lettera, al suo debitore, il desiderio di ottenere una ipoteca, ed in cui questi aveva con sua risposta consentito ad accordarla, la Corte di Pau à giustamente deciso che, con questo concorso di volontà, si era formato diffinitivamente, tra il creditore ed il debitore, un legame di dritto, una vera obbligazione, e che questa obbligazione non essendo contraria nè alle leggi, nè a'buoni costumi, nè all'ordine pubblico, aveva prodotto in favore del creditore *l'azione per costringere il debitore od effettuare*, ossia a costituire l'ipoteca (1). Ciò è evidente: la semplice promessa di costituire ipoteca non è l' atto col quale l' ipoteca è costituita, questo soltanto dev' essere autentico a' termini della legge; non si comprende come la condizione di autenticità potrebbe venir estesa all'altro. Ma è forza almeno rimaner nel caso d' una promessa d'ipoteca. In un'altra specie, in cui il debitore, riconoscendo di aver ricevuto dal suo creditore una somma di 21,000 fr., aggiungeva, che per questa somma, costituiva su tutti i suoi beni, *e specialmente su di un podere determinato che gli apparteneva*, verso il creditore ed i suoi eredi o aventi causa, la somma di 840 franchi *di rendita ipotecata*, perpetua, franca di ritenuta, ec., « il Tribunale di Neufchâtel aveva considerato l' atto come contenente una semplice promessa, e l'aveva dichiarato valido ed esecutorio, tutto che fosse stato fatto privatamente. Ma risultava da' termini stessi della convenzione che il debitore aveva formalmente *costituito* su tutti i suoi beni, e specialmente su di un immobile determinato, una somma di 840 fr. di rendita *ipotecata*. Si era dunque la costituzione attuale d' un' ipoteca, non una semplice promessa, e quindi, come era nulla, inefficace ed assolutamente vana per manco di autenticità, è chiaro che non aveva potuto esser considerata come obbligatoria a titolo di promessa, senza attribuirlo in ciò un effetto contro il voto della legge, secondo cui una costituzione d' ipoteca così fatta non ne deve produrre alcuno: laonde la sentenza del tribunale di Neufchatel è stata invalidata dalla Corte di Rouen, il cui arresto invalidativo è stato vanamente deferito alla censura della Corte di cassazione (2).

659. Ciò che diciamo dell' atto con cui il debitore si obbliga a costituire ipoteca, è uopo dirlo del pari dell' atto con cui il creditore, nel caso d' altronde raro anzichè no, in cui l' ipoteca è costituita nella sua assenza, accetta la costituzione. Si è però detto, ed è stato giudicato, che l' ipoteca stabilita a favore d' un terzo con atto in cui questi non à figurato deve accettarsi con atto autentico (3); e si è preteso, per giustificare questa soluzione: da un canto, che in ogni contratto, anche unilaterale, son necessarie due volontà per costituire l'obbligazione, il contratto rimanendo sospeso ed imperfetto finchè le due volontà non coesistono insieme; da un altro, che è necessario egualmente, nel caso in cui un contratto è soggetto ad una forma solenne, che l' accettazione abbia lo stesso carattere, il che risulterebbe dallo art. 932 del Codice Napoleone. Tuttavia la Corte di cassazione, dopo aver quasi accolto questo sistema, à finito coll' eliminarlo; à considerato che la ricognizione pura e semplice di un debito con affezione ipotecaria può costituire un' obbligazione unilaterale ed essere regolarmente fatta dal debitore soltanto; che niuna disposizione della legge obbliga il creditore in favor del quale è stata stipulata questa ricognizione e che vuol profittarne, di accettarne lo effetto con atto notarile; che lo art. 2127 è muto a tal riguardo, e che lo art. 932, secondo cui la donazione tra vivi deve, a pena di nullità, espressamente accettarsi dal donatario prima della morte del donante, contiene una disposizione speciale che nulla autorizza ad estendere dal caso di donazione che prevede a quello di costituzione d' ipoteca. È questo l' ultimo stato della giurisprudenza della Corte di cassazione sulla quistione (4); ed è la soluzione che ci sembra più sicura.

Notiamo del resto che, in questo caso, accade talvolta che il notaio innanzi al quale è consentita l' obbligazione per parte del debitore accetta l' ipoteca pel creditore assente. La legalità di quest' uso, tuttochè molto antico come attesa un atto di notorietà del Castelletto di Parigi in data degli 8 mag. 1715, è stata tuttavia messa in quistione; e taluni arresti decidono anche che lo intervento del notaio come parte all' atto fa perdere a quest' atto il carattere di autenticità, sebbene sia unilaterale (5): d'on-

(1) V. Pau, 16 luglio 1852 (Dev., 52, 2, 417; Dall. 54, 2, 205)
(2) Rig., 17 ag. 1844 (Dall., 44, 1, 396; Dev., 44, 1, 740),
(3) V. Rig. 21 feb. 1810, ; — Arrogi : Tolosa, 31 luglio 1830 (Dev., 31, 2, 133). V. pure Zachariae (§ II. p. 140).
(4) V. Rig., 5. ag. 1839 (Dev., 39, 1, 753). — Iunge Parigi, 22 apr. 1833; Lione, 9 mag. 1837.
(5) V. lo arresto citato della Corte di Tolosa del 31 luglio 1830, — *Iunge* Rouen, 2 febb. 1829.

de risulterebbe che in simil caso la stipula d' ipoteca medesima dovrebb' essere annullata. Noi non crediamo che sia giusto di giungere a questo estremo; ed anche sopponendo che l' accettazione da parte del notaio nell' atto che riceve debba considerarsi come illegale, tutto al più bisognerebbe dire che, trattandosi qui d' un' obbligazione unilaterale che può farsi regolarmente dal debitore soltanto, l' intervento del notaio e la sua accettazione sono delle precauzioni sovrabbondanti che, come tali, non debbono viziare la convenzione o l' obbligazione principale. Ciò è implicitamente riconosciuto da un arresto della Corte di cassazione: a dir vero, questo arresto di chiara nullo come atto notarile, ed insuscettivo quindi di conferire ipoteca, un contratto in cui il notaio era intervenuto personalmente; ma l' atto non è annullato se non perchè il notaio vi si era indicato come quello che aveva, a nome del creditore assente, consentito al prestito ed alle sue condizioni, dati i fondi al mutuatario, e stipulato l' ipoteca (1). Se, in luogo di agire in tal modo come ufiziale pubblico e come parte ad un tempo, sia a titolo di mandatario, sia a titolo di *negotiorum gestor*, il notaio avesse solo accettato l' ipoteca, si può indurre da' termini dello arresto che ciò non sarebbe bastato per privare il contratto ipotecario della sua efficacia.

660. Infine diremo ancora che non v' à indivisibilità, in quanto alla forma, tra la costituzione d' ipoteca e l' atto ulteriore col quale il creditore liquida il suo credito, quando l' obbligazione alla cui cautela l' ipoteca è stata affetta era condizionale, eventuale o indeterminata. Ma ritorneremo su di ciò nel nostro commentario degli art. 2129 e seguenti (v, *infra*, n° 714); e, senza insister più oltre sopra osservazioni che fanno valutare abbastanza la misura in cui è richiesta l' autenticità per la validità del contratto ipotecario, completeremo le nostre riflessioni sul nostro articolo indagando precisamente in che deve consistere l' autenticità.

III. — 661. A tal riguardo è evidente, dal testo stesso, che ogni atto pubblico ed autentico non è suscettivo di contenere una stipulazione d' ipoteca. In fatti, dopo di aver detto che la ipoteca convenzionale non può consentirsi che mercè un atto in forma autentica, lo art. 2127 precisa subito dopo, che l' atto dev' esser stipulato « innanzi due notai, o innanti un notaio o due testimonii. » Pertanto, l' atto autentico che solo può contenere la stipula d' un' ipoteca convenzionale è l' *atto notarile*; si è la volontà formale della legge.

Tuttavia, si è assimilato all' atto notarile l' atto privato portante costituzione d'ipoteca, quando quest' atto è stato depositato presso un notaio, che à redatto processo verbale del deposito.«Gli atti privati, dice il Pothier, quando sono depositati presso un notaio, e riconosciuti dalle parti che li han sottoscritti, producono ipoteca dal dì dell' atto di ricognizione che ne redige il notaio; chè, sebbene questi atti privati non sieno per sè stessi muniti di alcuna autorità pubblica che possa produrre l' ipoteca, lo divengono con l' atto di ricognizione fattone innanzi notaio (2). » Si è detto che il nostro articolo non permetterebbe oggi di ammettere questa decisione, e sarebbe d' uopo, perchè l' ipoteca fosse validamente conferita in questo caso, che l' atto di deposito ne contenesse esso stesso la costituzione espressa (3). Ma questa valutazione è generalmente respinta (4), e la proova che manca di esattezza emerge dalla discussione stessa di cui il nostro articolo è stato l' oggetto al consiglio di Stato. Duchâtel domandava che si facesse col nostro articolo, per le ricognizioni di firme innanzi notaio, ciò che è ammesso dallo art. 2123 per le ricognizioni fatte in giudizio (*supra*, n° 589). L'ammendamento fu eliminato. Perchè? Forse per eliminar la proposizione istessa? Ponto nè poco. Berlier fece notare che non v'era motivo per adottare l' ammendamento chè, egli diceva, « se si tratta di un titolo privato che tutte le parti interessate abbian portato ad un notaio per dargli la forma autentica con la trascrizione, con l'annessione o con una nuova redazione, *lo articolo in discussione basta*, poichè l' atto notarile dà adito all' ipoteca, e da questo momento può essere acquisita osservando le formalità prescritte dalla legge. » E Treilhard, insistendo su di ciò, aggiunse « che gli atti privati, in tal modo riconosciuti, *divengono degli atti innanzi notaio*, purchè la ricognizione

(1) Rig., 3 ag. 1847 (I. P. 1847, §. II, p. 628).
(2) V. Pothier (Dell' Ip., n° 19).
(3) V. Delvincourt (t. III, p. 159, nota 4), Bugnet su Pothier (*ivi*).
(4) V. Grenier (§. I, n. 67, 68). Merlin (*Rep.*, v° Ip., sez. 2. § 3, art. 6), Persil (art. 2127, n. 3), Duranton (§ XIX, n. 361), Zachariae (§. II, p. 140, nota 14) Taulier (§ VII, p. 259), Troplong (n. 506) Dalloz (v° Ip. p. 194, n. 4 e 5).

abbia luogo dal canto di coloro contro cui fanno pruova: che soltanto, se fossero depositati da una sola delle parti, salvo che fosse il debitore, la ricognizione non sarebbe completa (1). » Pertanto l'ammenda è stata climinata non come contraria al principio dello art. 2127, ma come inutile o soperflua, in quanto il testo stesso esteso alle sue conseguenze logiche rispondeva alla proposizione. I redattori della legge àn dunque ammessa e riconosciuta l'assimilazione fatta dal Pothier dell' atto privato depositato presso un notaio dalla parte che l'à sottoscritto all' atto notarile istesso; ed è permesso ancora dire oggi, anche in presenza del nostro articolo, che il semplice deposito presso un notaio di un atto privato portante costituzione d'ipoteca, anche quando non riproduce la costituzione, basta per assicurare tutto il suo effetto alla stipulazione d'ipoteca. La giurisprudenza, del resto, si è fissata in questo senso (2).

Ma si osserverà che, nella mente de' redattori della legge, il deposito dell' atto privato presso un notaio, non può aver per effetto di vivificare la stipolazione d'ipoteca se non quando è fatto dalle parti di accordo, o almeno dal debitore. Se adunque fosse fatto dal creditore soltanto, senza il concorso e la ricognizione del debitore, sarebbe inefficace relativamente all' ipoteca. La Corte di Caen à nonpertanto considerato l'atto di deposito fatto dal creditore soltanto come bastevole (3). Ma, nella specie, il deposito erasi così fatto per effetto di una clausola dell' atto privato portante che, « per riconoscerlo e depositarlo innanzi notaio e farlo rivestire delle formalità volute dalla legge, le parti si conferiscono reciprocamente mandato, in presenza come in assenza, senza che faccia d'uopo d'intimazione. » In queste circostanze, si è creduto poter considerare che, per lo effetto del mandato che eransi conferito le parti, il deposito, tuttochè fatto dal creditore soltanto, era in realtà fatto dalle due parti di accordo. E noi comprendiamo che a questo punto di vista la decisione sia stata approvata, massime da coloro che pensano che l'ipoteca è validamente costituita da un mandatario a cui il mandato fosse stato dato anche con atto privato (4). Per noi che, su tal punto, siamo di avviso differente (*supra*, n° 637), vi vediamo maggior difficoltà; e sotto questo rapporto, lo arresto della Corte di Caen non ci sembra assolutamente esento dalla censura.

662. Checchè ne sia, dallo esigere la stipula d'ipoteca per la sua validità il ministero del notaio si conchiude con tutta ragione che il processo verbale di conciliazione innanzi un giudice di pace, il quale non produce l'ipoteca giudiziaria, come abbiam detto poc' anzi, (v. n° 588), anche quando contiene delle ricognizioni di scritti privati, delle confessioni o delle convenzioni, comproverebbe invano la costituzione d'un'ipoteca convenzionale. D'altronde l'art. 54 del Codice di procedura lo dice virtualmente, quando esprime che le convenzioni delle parti, inserite nel processo verbale, *ànno forza di obbligazione privata.*

663. Alla stessa guisa, gli atti de' funzionarii amministrativi, stipulati ne' limiti della loro competenza, tuttochè sieno autentici, non possono tuttavia contenere utilmente una stipula d'ipoteca convenzionale: non sono degli atti notarili. Il consiglio di Stato medesimo à fatta l'applicazione del principio in una causa cui un conflitto aveva menato innanzi la sua giurisdizione. Nella specie, si trattava di un atto di sostituzione militare stipulato innanzi il Prefetto della Senna, il 13 settembre 1806, e col quale il sostituito si obbligava a pagare al sostituente una somma di 4, 400 f., garentita da una ipoteca su di una casa situata a Parigi; il tribunale della Senna avendo rigettato, nell' ordine aperto per la distribuzione del prezzo di questa casa, la collocazione del sostituente, in quanto il suo titolo, tuttochè autentico, non era stato stipulato innanzi notaio, il prefetto della Senna emise, sullo appello, una ordinanza di conflitto con cui rivendicò la causa per cagione di competenza amministrativa. Ma il consiglio di Stato considerò la causa come della giurisdizione dei tribunali, e pronunciando lo annullamento della ordinanza prefettorale, dichiarò espressamente, ne' motivi della sua decisione, » che per acquistare l'ipoteca convenzionale, il sostituente doveva far stipulare l'atto di cui è quistione *innanzi notaio* (5). »

Pertanto, il principio non è stato sempre sì chiaramente riconosciuto dalla giurisprudenza, e neanche da quella dei tribunali civili. Diversi atti amministrativi àn dato luogo

(1) V. Locrè (§.XVI p.231). Fenet (§ XV.p.360.361).
(2) Rig. 6 ap. 1809 o 25 feb. 1824; Rig. 11 lug. 1815 e 15 feb. 1832 (Dall., *ivi*, p. 196 e seg.; I ev. 32, 1, 792).

(3) V. Caen. 22 giug. 1824 (Dall., 25, 2, 142).
(4) V. Troplong (n. 506).
(5) La decisione è el 29 maggio 1811 (V. Dalloz, v° Ip., p. 195, nota 1.).

a difficoltà che non avrebbero dovuto nascere, ci sembra, o che, in ogni caso, avrebber dovuto esser troncate in un senso ben diverso da quello prevalso innanzi i tribunali: intendiam parlare degli affitti e dei contratti amministrativi.

In quanto agli affitti, erano governati in prima, sotto il rapporto che ci occupa, dallo art. 14, tit. 2, della legge del 23 ottobre 1790, il quale portava: « Il ministero dei notai non sarà punto nè poco necessario per la stipula dei detti affitti, nè per tutti gli atti di amministrazione. Questi atti, al pari degli affitti, saran soggetti al controllo, e produrranno ipoteca ed esecuzione parata. » Era un eco dei principii che dominarono nella legislazione dell' epoca, la quale, come abbiam detto già più volte, faceva risultare di pieno dritto dall' atto notarile un' ipoteca convenzionale gravante tutti i beni immobili del debitore: la legge del 1790 affiggeva agli affitti amministrativi l'effetto attribuito agli atti de' notai dalla legge generale. Ma sopraggiunta la legge di brumaio anno 7, ed avendo disposto che l' ipoteca convenzionale risulterebbe oramai dall'*atto notarile*, si elevò tosto una quistione che, in realtà ne conteneva due: si è trattato di sapere in prima se gli affitti amministrativi produrrebbero una ipoteca convenzionale di *pieno dritto*, ed indi, supponendo la negativa, se l'ipoteca potrebbe, anche sotto lo impero della nuova legge, essere stipulata in atti che si adempivano senza il ministero del notaio. La giurisprudenza aveva in ciò veduto gravi difficoltà, e mentre taluni arresti si pronunciavano affermativamente sul primo punto (1), altri si ricusavano di giungere tant' oltre, e rallegandosi al secondo punto, decidevano che l'ipoteca non potrebbe risultare da questi atti che quando vi fosse stata stipulata con designazione d i beni affetti (2).

A parere nostro, le due soluzioni erano egualmente inesatte; trovavano entrambe la loro condanna nell' abrogazione generale ed assoluta, con la legge degli 11 brumaio anno 7, « di tutte le leggi, consuetudini ed usi anteriori sulle *costituzioni delle ipoteche* (art. 56). » A fronte di questa disposizione sì formale, che faceva della legge di brumaio il codice ipotecario che obbracciava il regime tutto intero, e lo governava nel suo insieme ed in tutt' i suoi particolari, faceva uopo riconoscere che oramai gli affitti amministrativi non producevano più l' ipoteca convenzionale di pieno dritto; ed oltre a ciò, che questi atti non essendo *notarili* non erano neppure suscettivi di contenere una stipula d' ipoteca convenzionale. E ciò che era mestieri dire sotto lo impero della legge di brumaio, è uopo dirlo oggi sotto lo impero del Codice Napoleone, e con più ragione, poichè questo Codice non ammette più ipoteca convenzionale *sott' intesa*, e, secondo le sue disposizioni formali, l' ipoteca, in luogo di risultare di pieno dritto dallo atto *notarile* istesso non esiste più che a condizione di essere espressamente stipulata (3).

In quanto a' contratti amministrativi per intraprese di forniture e costruzioni, troviamo una disposizione analoga a quella della legge del 23 ottobre 1790, di cui abbiamo testè parlato, nella legge del 4 marzo 1793, il cui articolo 3 dispone che, « sebbene i contratti sieno stipulati con atti privati, la nazione avrà nonpertanto ipoteca sugli immobili appartenenti a' fornitori ed a' loro fidejussori, a far tempo dal dì in cui i ministri avranno accettato i contratti. » Si era ancor qui un' applicazione de' principi in vigore nella legislazione dell' epoca sul regime ipotecario; la legge speciale estendeva ai contratti amministrativi il favore che la legge generale accordava agli atti notarili, e faceva risultare l' ipoteca convenzionale da questi contratti, anche privati, a contar dal dì in cui l' accettazione da parte de' ministri veniva a dar loro un certo carattere di autenticità.

Fa d'uopo dir dunque, come testè dicevamo a proposito degli affitti amministrativi, che le disposizioni della legge speciale non an sopravvissuto alla legge generale, e che in presenza del testo preciso della legge di brumaio e massime del Codice Napoleone,

(1) Parigi, 6 mess. an. 10 (V. Dalloz. v Ip. p. 196).

(2) V. Brussello. 27 agosto 1807; Rg., 3 luglio 1817 (Dall. v. Ip. p. 169).

(3) Del resto, la difficoltà non è più suscettiva di prodursi, in quanto concerne gli affitti stipulati dagli stabilimenti pubblici di beneficenza; chè un decreto del 12 agosto 1807 dispone col suo art. 1. « che a contare dalla pubblicazione del detto decreto, gli affitti a colonia degli ospizii ed altri pubblici stabilimenti di beneficenza o d' istruzione pubblica, per la durata ordinaria saran fatti all' incanto; innanzi un notaio che sarà designato dal prefetto del dipartimento, ed il dritto d' ipoteca su tutti i beni del conduttore vi sarà stipulato con la loro designazione, conformemente al Codice Napoleone. » Tutto è risoluto con questo testo. Il quale, da un canto, ritorna al ministero de' notai per gli affitti che a in veduta, e dall altro, si riferisce al Codice Napoleone per la costituzione dell' ipoteca. La quistione non sussiste dunque (se pur siavi quistione) che per gli altri affitti stabiliti nella forma amministrativa.

i contratti amministrativi han cessato di produrre ipoteca di pieno dritto, e che anzi, stipulati nella forma amministrativa non sono stati più suscettivi di contener la stipula d'ipoteca. La Corte di Pau si era in questo senso pronunziata in un arresto i cui motivi erano rigorosamente dedotti (1).

Ma non è questo lo avviso dominante nella giurisprudenza; la Corte di Parigi à giudicato in senso contrario, e la Corte Suprema innanzi alla quale la decisione della Corte di Pau è stata impugnata, ne à pronunziato lo annullamento (2). Perchè? «Perchè dalla combinazione degli art. 14 della legge del 28 ottobre 1790, 1° e 3 della legge del 4 marzo 1793 e 2127 del Codice Napoleone, risulta che il ministero dei notai non è necessario pe' contratti stipulati con l'amministrazione, e che gli atti amministrativi contenenti le stipule relative a' detti contratti producono ipoteca; che nella specie si tratta della validità d'una iscrizione presa dal prefetto del dipartimento de' Bassi Pirenei, al riguardo dell'aggiudicazione fatta al signor N. per la costruzione di un lazzaretto marittimo a Baiona, secondo la commissione accettata dal consiglio di prefettura di questo dipartimento, e che *per tal modo*, tuttochè l'atto non sia notarile, *è fuori dubbio* che l'iscrizione è valida.» Lo arresto non dice altro! Pertanto la quistione è se, in presenza dello art. 2127, i cui termini formali non ammettono altra ipoteca convenzionale allo infuori di quella stipulata *in un atto notarile*, v'à luogo a considerare come sussistente la disposizione della legge speciale del 1793, che affiggeva l'ipoteca convenzionale ai contratti amministrativi, anche stipulati con *atti privati*; e lo arresto risponde che risulta *dalla combinazione dei due testi* che il ministero de' notai non è necessario pe' contratti amministrativi; *e che questi contratti producono ipoteca!* La quistione è se si è potuto prendere utilmente iscrizione per una ipoteca convenzionale stipulata in un atto privato; e lo arresto risponde che è *fuori dubbio* che la iscrizione è valida, tuttochè l'atto non sia notarile! Certo, per grande che sia l'autorità che si attribuisce al giustamente alle decisioni della corte suprema, è difficile di accettar questa e di vedervi altro allo infuori di una continua petizione di principii.

Manteniamo dunque la nostra soluzione, e attenendoci alla disposizione energicamente proibitiva del nostro articolo, ripetiamo con esso che non v'à ormai ipoteca convenzionale possibile allo infuori di quella consentita innanzi due notai, o innanzi un notaio e due testimoni (3).

664. Del resto è uopo che l'atto notarile sia regolare nella forma, se fosse infetto di un vizio qualunque, se fosse nullo come atto notarile e ridotto a non valere che come atto privato (Codice Napoleone, art. 1318), la stipula d'ipoteca vi sarebbe stata appunto perciò inutilmente fatta, poichè precisamente allora l'atto si troverebbe destituto del carattere di autenticità.

Non potremmo dire altrettanto del caso in cui l'atto ricevuto dal notaio non fosse stato seguito dalla formalità del registro; per la più evidente dimenticanza dei principii stabiliti dalla legge del 22 frimaio anno 7 sul registro, e disconoscendo lo scopo della formalità, parecchi autori dei più accreditati ancora, han potuto dire che l'atto notarile non registrato è insufficiente per conferire ipoteca (4). Poteva essere a tal modo sotto lo impero della legge del 1790, perchè allora il registro aveva per oggetto, di assicurare l'esistenza degli atti ricevuti dai notai e di costatarne la data (art. 2), ed a questo punto di vistà lo art. 9 aggiungeva «che per mancanza di registro entro i termini fissati, un atto stipulato innanzi notaio *non potrebbe valere che come atto privato*...» Ma oggi abbiamo da un canto la legge del 22 frimaio anno 7, il cui art. 73 abroga in un modo assoluto tutte le leggi rese sui dritti di registratura, ed il cui art. 33 si limita a pronunciare una semplice ammenda contro il notaio che à trascurato di presentare alla formalità l'atto da lui ricevuto; dall'altro, abbiamo la legge del 25 ventoso anno 11, speciale al notariato, il cui art. 1° dispone che «i notai sono dei funzionarii pubblici stabiliti per ricevere tutti gli atti e contratti a quali le parti debbono o vogliono far dare il carattere di autenticità annesso agli atti dell'autorità pubblica, e per assicurar la data, conservarne il deposito, rilasciarne delle copie e spedizioni». Dallo insieme di queste disposizioni risulta ad evidenza che *l'autenticità* dello atto ricevuto dal

(1) Pau, 16 giugno 1832 (Dev., 32, 2, 372, Dall., 33, 3, 95).

(2) Parigi, 29 maggio 1830, Cass. 12 gennaio 1835 (Dev., 30 2, 230, 35, 1, 11).

(3) È uopo veder su di ciò le opinioni di Grenier (n. 9 e seg.), Battur (t. II, n. 378, Favard), v. Ip., sez. 2, § 3, n. 8, e v. Locazione, sez. 1, § 4, Duranton (t. XIX, n. 360), e massime la dotta dissertazione del primo presidente Troplong. Il quale, a parer nostro, non lascia sussistere il minimo dubbio sulla verità giuridica dell'opinione che qui adottiamo (Delle Ip., n. 505 bis).

(4) V. Grenier (t. I, n. 17), Merlin (Rep., v. Reg., § 4).

notaio, al pari della stabilità della data, è oggi assolutamente indipendente dalla formalità del registro; d'onde segue che la stipula di ipoteca convenzionale fatta in un atto notarile è valida e perfettamente efficace, tuttochè quest' atto non sia stato registrato.

665. Sarebbe egualmente aggiungere alla legge il dire, con alcuni autori, che la costituzione d'ipoteca sarebbe nulla, se l'atto notarile che la comprova fosse stato ricevuto in brevetto (1). È al certo prudente che un tal atto porti minuta; v' ha nell'affezione reale risultante dalla costituzione d'ipoteca qualche cosa di grave anzichè no da far esser utile di prender tutte le precauzioni atte a prevenire le frodi. Per questo motivo, ne' progetti di riforma preparati nel 1841, taluno facoltà eran di avviso doversi esigere, a pena di nullità, che l'atto notarile onde qui si tratta fosse sempre stipulato con minuta (2).

Ma infine il nostro articolo non dice della costituzione d'ipoteca, come lo art. 931 dice degli atti portanti donazione, che ne rimarrà minuta a pena di nullità. Or una nullità non si supplisce punto. Teniamo dunque come valido l'atto di costituzione d'ipoteca, tuttochè ricevuto in brevetto.

IV. — 666. Per finirla sulla forma degli atti portanti costituzione d'ipoteca, ci rimane a dire qualche cosa de' contratti stipulati in paese straniero. Lo art. 2128 ci dice a tal riguardo che questi contratti non posson dare ipoteche sui beni di Francia, se non vi sono delle disposizioni contrarie a questo principio nelle leggi politiche o ne' trattati. Troviamo in ciò una nuova giustificazione de' motivi su' quali la disposizione dello art. 2127 ci è sembrata fondata (V. *supra*, n. 655). È chiaro che, se l'autenticità non fosse stata richiesta per la costituzione d'ipoteca se non in veduta di prevenire la antidate e la frode, non vi sarebbe stato neppur pretesto per escludere i contratti stipulati in paese straniero; chè la qualità di persone pubbliche che ànno i notai stranieri ne' luoghi ove sono stabiliti dà a' loro atti una specie di *autorità di credito* che deve fare prestare fede a ciò che vi si trova convenuto (3), e ciò avrebbe risposto all'oggetto della legge. Ma se l'autenticità è stata richiesta principalmente pel motivo che l'ipoteca, anche convenzionale, à nella legge la sua causa, se non diretta, almeno mediata, la disposizione del nostro articolo si spiega fino ad un certo punto; l'ipoteca essendo l' opera della legge francese, il legislatore non ammette che possa stabilirsi altrimenti che col soccorso e sotto l'autorità della legge francese.

Nullameno, è uopo riconoscere che, anche sotto questo punto di vista, il nostro articolo à oltrepassato la misura. Ad ogni modo, avrebbe potuto denegare a' contratti stranieri portanti stipulazione d'ipoteca *l'esecuzione* in cui si risolve il contratto ipotecario, o almeno estendere all' ipoteca convenzionale la disposizione dello art. 2123 relativa all'ipoteca risultante dalle sentenze rese da' tribunali stranieri. Ma si è spinto molto al di là; à ricusato ogni effetto alla stipula d'ipoteca, e non à riconosciuto l'esistenza neppur della costituzione; à riprodotto, in pochi detti, lo art. 121 dell'ordinanza del 1629, nella disposizione relativa « a' contratti, o obbligazioni ricevute *nei regni a sovranità straniere* per qualunque siasi causa, » i quali non avevano, secondo l'ordinanza, alcuna ipoteca in Francia (V. *supra* n. 185).

Or, in questi termini, la disposizione del nostro articolo è manifestamente esagerata. È senza base alcuna quando la si riguarda dal punto di vista de' principii generali del dritto; essendo certo che de' contratti o degli atti conferenti de' dritti ben altrimenti importanti del semplice dritto d'ipoteca, per esempio, la vendita, il testamento, il contratto di matrimonio, sono ammessi come validi dalla legge francese, tuttochè stipulati all'estero, se sono stati fatti in forme analoghe a quelle che la legge francese stabilisce, e d'onde essa fa dipendere la loro efficacia. Ancor meno la disposizione è fondata su' principii del dritto internazionale; chè, come diceva la Corte di Pau nell'esame amministrativo del 1841, tutt'i popoli sono interessati a far rispettare le obbligazioni, in qualunque paese sienai esse contratte, quando non sono d'altronde contrarie nè alla legge, nè a' costumi, nè all'ordine pubblico.

Laonde, in tutte le epoche in cui è stato quistione della riforma del regime ipotecario in Francia, si è proposto di modificare la disposizione del nostro articolo, e di ri-

(1) V. Duranton (t. XIX, n. 337).

(2) V. *Doc. ip.* (t. III, p. 297, 298). — Nelle discussioni del 1851 sulla riforma ipotecaria, si era stato di accordo nel dire, al contrario, nella legge, che le obbligazioni notarili sia che contenessero, sia che non contenessero costituzione d'ipoteca, potrebbero esser stipulate in brevetto (Ved. art. 2117 del progetto preparato per la terza deliberazione).

(3) V. Pothier (Dell'Ip., n. 11, e *Cons. d'Orleans*, tit. 20, n. 9).

condurlo a condizioni suscettive di conciliare più equamente l'interesse privato co' dritti della potestà pubblica, redigendolo nello spirito che à dettata la disposizione dello art. 2123 (1). In questo senso ancora è stato il nostro articolo modificato pel Belgio, dalla legge belgica del 16 decembre 1851 (2).

667. Ma questi progetti di riforma non son in Francia. In conseguenza nello stato attuale della legislazione vi son due situazioni da distinguere: o esistono, tra la Francia ed il paese straniero nel quale è stato ricevuto il contratto portante costituzione d' ipoteca, delle leggi politiche o dei trattati che abilitano questi contratti a produrre ipoteca in Francia, ovvero non esistono nè trattati nè leggi di tal natura.

Se non vi sono nè leggi politiche francesi, nè trattati, la stipula d' ipoteca fatta in un contratto straniero sarà destituta di ogni specie di efficacia in Francia. Il creditore non potrà neppure prevalersene per presentarsi innanzi un tribunale francese all' uopo di far apporre al suo contratto la formola esecutoria, poichè sarebbe un battere una via tortuosa per far risultare l'ipoteca convenzionale da un contratto il quale, come stipulato all' estero, non può, appunto perciò, esser riconosciuto in Francia come titolo costitutivo d' ipoteca. Posto ciò, il creditore che volesse prendere iscrizione su'beni del suo debitore situati in Francia non avrebbe altro mezzo tranne quello di citare quest' ultimo in giudizio, ed ottenere contro di lui una sentenza di condanna in virtù della quale sarebbe indi richiesta l' iscrizione. Ma l' ipoteca allora procederebbe dalla sentenza, e non dal contratto stipulato all'estero; sarebbe un' ipoteca giudiziaria e generale, non un' ipoteca convenzionale e speciale (3).

Al contrario, nel primo caso, il contratto, tuttochè stipulato all' estero, permetterà al creditore purchè appartenga alla nazione sul cui territorio è stata l' ipoteca costituita e non ad un' altra a favor della quale non vi sarebbero i trattati o le leggi politiche di cui supponiamo l'esistenza (4), di prendere iscrizione sugli immobili del suo debitore sitauti in Francia. La sola quistione che sorge in questo caso è di sapere se l'ipoteca sarebbe efficace o utilmente iscritta sugli immobili di Francia, quand' anche la costituzione fatta all'estero non si presentasse nelle condizioni imposte dalla legge francese: per esempio, se mancasse del carattere di *specialità* di cui parleremo negli articoli seguenti. Taluni autori àn pensato che, se la specialità non è richiesta dalla legge straniera sotto il cui impero la stipula è stata fatta, l'ipoteca varrà in Francia, perchè precisamente lo effetto de'trattati o delle leggi politiche supposte è di riconoscere i contratti stipulati conformemente alla legge straniera, e di permettere per estensione, che ricevano la loro esecuzione sul territorio francese. Forse questa soluzione non è mica la migliore; chè, anche all'estero, l'ipoteca onde si tratta è un'ipoteca francese. E come costituirla altrimenti che conformemente alle leggi francesi? Ma, in definitiva, la quistione è senza interesse nella pratica, perchè se esistono de'trattati sul punto che ci occupa, essi fissano necessariamente ciò che dee si fare in ciascun paeso perchè la costituzione d' ipoteca sia esegaita nell'altro.

2129. [2015] — **Non v'à ipoteca convenzionale valida oltre quella la quale, sia nel titolo costitutivo del credito, sia in un atto autentico posteriore, dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore, su'quali consente l'ipoteca del credito. Ciascuno di tutt'i suoi beni presenti può esser nominativamente sottomesso all'ipoteca.**

I beni futuri non possono essere ipotecati *(a)*.

2130. [2016] — **Nullameno, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per la sicurezza del credito, può, esprimendo questa insufficienza, consentire che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito, vi resti affetto a misura degli acquisti (b).**

2131 [2017].— **Similmente, in caso che lo immobile o gl'immobili presenti, soggetti all'ipoteca, fossero periti, o avessero sofferto delle degradazioni, in guisa che fosser divenuti insufficienti per la sicurezza del creditore, costui potrà o sperimentare**

(1) V. *Doc. Ip.* (t. III, p. 300, 301, 302, 303, 304 e 305). — V. pure lo art. 2118 del progetto preparato nel 1851 per la terza deliberazione.
(2) V. il *Comm. legisl.* di Delebecque (P. 277) e Martou (t. III, p. 90)

(3) V. Grenier (t. I, n. 16), Dalloz (Ip.; p. 195 n. 12 e 13), Troplong (n. 512 *bis*).
(4) V. Rig., 10 mag. 1831 (Dall., 31,1,168; Dev., 31, 1, 195).
(a b) Niuna divergenza è fra questi articoli.

fin da ora il suo rimborso, o ottenere un supplemento d'ipoteca (a).

2132 [2018].— L'ipoteca convenzionale non è valida che quando la somma per cui è consentita è certa e determinata dall'atto: se il credito risultante dall'obbligazione è condizionale per la sua esistenza, o indeterminato nel suo valore, il creditore non potrà richiedere la iscrizione di cui si parlerà appresso, che fino a concorrenza di un valore estimativo da lui dichiarato espressamente, e che il debitore avrà dritto di far ridurre, se v' à luogo (b).

2133 [2019].— V. *supra*, n. 404 e seguenti (c).

2163 [2057]. — Possono eziandio esser ridotte come eccessive, le iscrizioni prese secondo la valutazione fatta dal creditore, de'crediti che, in quanto concerne l'ipoteca da stabilire per la loro sicurezza, non sono stati regolati dalla convenzione, ed i quali per la loro natura, sono condizionali, eventuali o indeterminati (d).

2164 [2058]. — L' eccesso, in questo caso, è regolato da'giudici, secondo le circostanze, le probabilità delle eventualità, le presunzioni di fatto, in guisa da conciliare i dritti verosimili del creditore con lo interesse del credito ragionevole da conservare al debitore; senza pregiudizio delle nuove iscrizioni da prendere con ipoteca dal dì della loro data, allorchè lo evento avrà fatto ascendere i crediti indeterminati ad una somma maggiore (e).

SOMMARIO.

I. Della specialità dell' ipoteca e delle condizioni a cui può effettuirsi; — Essa non può risultare che da una duplice indicazione: quella dello immobile ipotecato, e quella del credito garentito Noi riuniamo qui gli articoli che consacrano il principio a questo dopp. lo punto di vista e determinano le eccezioni o le modifiche che comporta sotto entrambi i rapporti.

II. Della specialità in quanto al pegno ipotecario.— E' uopo, per soddisfare al principio della specialità, che l'ipoteca dichiari la *natura* de'beni ipotecati e la loro *situazione* Quando la designazione riesce bastevole? L'affezione di tutti gl immobili che il debitore possiede nella tale comune, senza altra designazione, è mai valida? Controversia.— Del resto il principio della specialità non impedisce che il debitore affetti tutti *i suoi immobili presenti* purchè sieno designati. Ma gl'*immobili futuri*, non sono suscettivi dell' ipoteca convenzionale. Un'affezione generale che abbracciasse gl'immobili presenti e futuri sarebbe dunque radicalmente nulla sarebbe essa almeno al creditore il dritto di reclamare un'ipoteca speciale?

III. Prima eccezione al principio della specialità.— L'ipoteca convenzionale de' beni futuri è permessa in caso d'*insufficienza de' beni presenti*; ma gli è qui un'eccezione che deve contenersi ne' suoi termini prec si. Pertanto è uopo; 1. che i beni presenti sieno insufficienti; 2. che la insufficienza sia dichiarata: se il debitore affettasse ad un tempo i suoi beni presenti e futuri senza dichiarare l'insufficienza dei beni presenti, in qual misura l'affezione dovrebbe mai annullarsi? Fa uopo. 3. che il debitore consenta che ciascuno degl' immobili che acquisterà rimanga affetto al credito a misura degli acquisti Conseguenze; che il creditore non può assicurarsi l' ipoteca su' beni futuri se non mercè iscrizioni successive: controversia.— L'ipoteca de' beni futuri è necessariamente sussidiaria. Conseguenze; che colui che non possiede beni presenti di sorta non può ipotecare beni futuri.— L'ipoteca rimane convenzionale. Conseguenze; che non v'à luogo alla riduzione autorizzata, sia dagli art. 2143 e seguenti, sia dagli art. 2161 e seguenti.

IV. Seconda eccezione. — Se gl' immobili presenti sono periti o sono stati deteriorati in guisa che non presentano più una sufficiente garenzia, il creditore può domandare il suo rimborso e ottenere un supplemento d'ipoteca. A chi appartiene la scelta nell'alternativa fermata dalla legge? Distinzioni—Questa disposizione della legge, tuttochè posta sotto la rubrica dell' ipoteca convenzionale, deve estendersi alle ipoteche legale e giudiziaria, quando sono state ridotte; — *secus* nel caso dello art 2130, se la perdita o la deteriorazione è caduta sui beni acquisiti dal debitore dopo la costituzione d' ipoteca.— La disposizione della legge non si applica al caso di perdita o deteriorazione naturale; qual è dunque precisamente l' ipotesi che prevede?

V. Della specialità in quanto al credito garentito. — L'atto costitutivo dell' ipoteca deve dichiarare, anche a pena di nullità, il credito garentito dall' ipoteca, se questo credito è liquido — Se il credito è condizionale per la sua esistenza o indeterminato nel suo valore, basta che il creditore ne dichiari il valore estimativo nella iscrizione

VI. *Eccezione*. — In quest' ultimo caso, il debitore può far ridurre le iscrizioni, se la stima è stata eccessiva, salvo eziandio il dritto, pel creditore, di prendere delle iscrizioni nuove, con ipoteca dal dì della data, allorchè la stima sarà stata troppo tenue. — Dritto di valutazione dei tribunali.

VII. *Appendice* — Delle obbligazioni per la cui sicurezza l' ipoteca convenzionale può esser costituita. Ogni obbligazione valida, qualunque ne sia la natura e la modalità, può esser garentita da un' ipoteca. — L' ipoteca può anche garentire un prestito da effettuarsi o un' apertura di credito. In questo caso, prende essa rango dal dì della iscrizione, o soltanto dal dì in cui il prestito è effettuato? Come e con quali pruove lo effettuamento può stabilirsi?

I. — 668. La legge ci à detto, nei cinque articoli di cui precede il commentario, quali sono gli elementi costitutivi della capacità all' uopo di conferire la ipoteca convenzionale, e quale dev' essere la forma del contratto ipotecario. Ecco che essa determina ora il carattere stesso dell' ipoteca conven-

(a b c d e) Nuna divergenza è fra questi articoli.

zionale il carattere che le é proprio, e la distingue più particolarmente dalle ipoteche legale e giudiziaria (v. *supra*, n° 323).

Troviamo qui l' una delle innovazioni più importanti introdotte dalla legislazione moderna nel regime ipotecario; si è il principio della specialità. La regola era assolutamente differente nella nostra antica giurisprudenza, come nel dritto romano. Ecco ciò che ne dice il Loyseau (1): « A Roma, non è stato bastevole obbligare un solo fondo, esprimendolo particolarmente; ma primieramente, si è incominciato dall' obbligare con un sol detto tutti e ciascuno dei beni, come cosa più facile al debitore e più comoda al creditore, il che, dal principio, non si intendeva se non da' beni che l' obbligato aveva al tempo del contratto. Epperò era mestieri obbligare con clausola espressa i beni futuri: clausola che fu alla fine molto comune, ma tuttavia necessaria; ... senza la quale, l' obbligazione generale non aveva effetto che pe' beni presenti; ma alla fine, Giustiniano à estesa l' ipoteca generale à' beni futuri, ancorchè non si fosse nulla detto nel contratto. Ed in Francia ancora si è ben andato più oltre, chè perchè in tutt' i contratti, con uno stile ordinario dei notai, si è stato solito d' inserire la clausola d'obbligazione di tutt' i beni, si è infine tenuto per regola che tutt' i contratti producevano ipoteca su tutt'i beni, essendo questa clausola sottintesa se fosse stata omessa. — In che, a dir vero, non v' à niun inconveniente in riguardo al debitore, essendo ben ragionevole di fare che paghi il suo debito con tutt' i mezzi. Ma lo inconveniente è grande rispetto ad un terzo acquirente di buona fede, ecc...

669. Oggi l' ipoteca convenzionale non è più generale, è essenzialmente speciale. Tale è stato il pensiere fondamentale ed assoluto della legge degli 11 brumaio anno 7, il cui art. 4, comune ad ogni ipoteca, ne limitava lo effetto a' soli beni appartenenti al debitore al momento in cui il dritto ipotecario del creditore veniva a nascere aggiungendo, in quanto all' ipoteca convenzionale, che la stipula dovrebbe indicare la natura e la situazione degli immobili ipotecati.

Senza entrar tanto addentro in questo sistema, senza consacrarlo in un modo sì assoluto il Codice Napoleone vi si rallega tuttavia. La specialità non vi è fermata in principio che per l' ipoteca convenzionale. Nullameno, non lascia di esser dominante nel sistema della legge. Abbiamo poc' anzi veduto che il legislatore vi riconduce, il più che può, le ipoteche anche legali e giudiziarie (le quali, come abbiam detto a' n° 507, 508, 591, sono generali per principio), mercè queste azioni di riduzione o di restrizione che concede al debitore in tutt' i casi in cui il pegno eccede notariamente le cautele dovute al creditore (v. *supra*, n° 538 e seg., e n. 600 e seg.); ed in quanto all' ipoteca convenzionale vedremo tantosto che ferma il principio risolutamente e lo circonda di precauzioni e di formalità minuziose, allo adempimento delle quali è subordinata la validità del contratto ipotecario.

E tuttavia, i primi progetti del Codice non furono favorevoli a questo principio della specialità. Nell' alternativa tra l' antica pratica e la regola che la legge di brumaio anno 7 aveva recentemente consacrata, i redattori di questi progetti avevano optato per la prima. Sia che fossero stati particolarmente colpiti da questa idea del Loyseau, che è ragionevole di *rendere il debitore buon pagatore con tutt' i mezzi*, sia piuttosto che fossero stati spinti dal desiderio di unificare la legge, e di troncare delle difficoltà che il sistema della legge di brumaio faceva già intravedere sul concorso d' ipoteche generali con ipoteche speciali (v. *supra*, n. 336 e seg.), avevan proposto di dire che l' ipoteca convenzionale si estenderebbe su' *beni presenti e futuri del debitore*, *salvo stipula contraria* (2). Fu la Corte di cassazione che, fortemente imbevuta del principio della specialità, vi coordinò le idee e presentò delle osservazioni (3) che la fecero prevalere. La legge ne è stata incontestabilmente migliorata. Chè ad ogni modo, e checchè ne abbia detto il Loyseau medesimo, la generalità dell' ipoteca presenta gravi inconvenienti, anche «pel riguardo del debitore»; per lui, non meno che pel creditore ed i terzi, la specialità à de' vantaggi evidenti e notevoli. È utile pel creditore, chè moltiplica il numero dei pegni intatti, facilita la divisione del credito, viene in aiuto alla pubblicità, e secondo la giustissima espressione della Corte di Riom, « fa guadagnare in certezza ciò che si perde in estensione (4) ». È utile pel debi-

(1) V. Loyseau (Del rilascio lib. 3; cap. 1° n. 14 e seg).

(2) La facoltà di dritto di Digione proponeva, nelle sue osservazioni su' progetti di riforma del 1841, di ritornar precisamente a questo sistema. Il quale consisteva ad eliminare la specialità come principio, ed a mantenerla solo come facoltativa per le parti (Doc. ip. § III, p. 324 e seg.).

(3) V. queste notevoli Osservazioni nella Collezioni di Fenet (§. II, p. 615 e seg.).

(4) V. Doc. ip. (§. III. p. 323).

tore, chè aumenta il suo credito, in quanto non l' obbliga ad impegnare tutt' i suoi immobili e gli permette di non sottoporre all' ipoteca che la parte necessaria alla cautela pel creditore e di conservare il dippiù libero, sia per alienarlo, sia per darlo in pegno, se il bisogno de' suoi affari l' obbliga a nuovi prestiti (1). Profitta a tutti infine, in quanto, allontanando il concorso, su di uno stesso immobile, di crediti numerosi e diversi, tende a sopprimere le cause di conflitto, e quindi a semplificare gli ordini ed a scemare le spese (v. *supra*, n° 323).

Soltanto, il punto in ciò essenziale consiste nell' esser ben penetrato dell' oggetto della specialità, perchè l' applicazione rimanga sempre ne' termini della legge.

670. La specialità dell' ipoteca à per oggetto di conoscere la vera situazione del debitore e di dar la misura il più che possibile esatta del suo credito ipotecario. Non può dunque effettuirsi se non mercè una duplice iudicazione in prima, l' indicazione precisa degl' immobili gravati, affinchè niuno possa ingannarsi sulla individualità medesima del pegno ipotecario; indi, l' indicazione dello ammontare del credito assicurato dall' ipoteca, affinchè si possa valutare la misura nella quale il credito ipotecario del debitore è affetto. Così dispone la legge: lo art. 2129 prescrive d' individualizzare il pegno ipotecario; lo art. 2132 prescrive l' indicazione del credito alla cui cautela questo pegno è affetto.

Tuttavia, sotto entrambi i rapporti, la regola comporta de' limiti necessarii Così, la specialità del pegno non ammette che dei beni futuri possano esser gravati, ed il suo effetto ordinario è di assegnare limitativamente l' ipoteca sullo immobile che ne è affetto. Ma tuttavia è forse mestieri che colui i cui immobili presenti sono insufficienti sia condannato a rimanere senza credito per la impossibilità assoluta di offrire in pegno degl' immobili che può acquistare? E, d' altra banda, perchè l' ipoteca affetti specialmente un tale immobile determinato, è forse d' uopo che il creditore sia ridotto a non aver più alcuna sicurezza, a non avere che un pegno insufficiente, se questo immobile viene a perire o ad essere deteriorato? gli art: 2130 e 2131 prevedono questi casi particolari, e vi provvedono con limitazioni che modificano il principio, senza però distruggerlo completamente. (Non parleremo del terzo caso preveduto dallo art. 2133, perchè la regola di accrescimento, consacrata da questo articolo, è comune a tutte le cause d' ipoteca e si liga in tal modo allo art. 2118, giusta il quale ne abbiamo studiato le applicazioni: v. *supra*, n. 404 e e seg.) Così pure, la specialità non permette che l' ipoteca garentisca il creditore per una somma superiore allo ammontare del credito dichiarato. Ma tuttavia se essendo il credito condizionale o indeterminato, lo evento viene a provare che la stima che à dovuto farsi è troppo forte o troppo tenue, è forse uopo che il debitore o il creditore la subiscano inevitabilmente, senza avere il dritto, l' uno di far ridurre una iscrizione eccessiva, o l' altro di prendere nuove iscrizioni? Gli art. 2163 e 2164 sono scritti in veduta di questa situazione.

Questo cenno generale mostra perchè, dovendoci occupare della specialità dell'ipoteca convenzionale, riuniamo qui le diverse disposizioni che si rallegano a questo punto di dritto, sia che consacrino il principio, sia che ne modifichino o ne limitino l' applicazione; e dopo di aver presentato il sistema della legge nel suo insieme, dobbiamo ora esporlo ne'suoi particolari.

II.—671. La legge vuole in prima la specialità dell'ipoteca, in quanto concerne il pegno ipotecario. Il principio è fermato nell art. 2129, secondo cui « *non v' à ipoteca convenzionale valida* allo infuor di quella la quale, sia nel titolo autentico costitutivo del credito, sia in un atto autentico posteriore, dichiari specialmente *la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore su'quali consente l'ipoteca del credito.* » Lo stesso articolo aggiunge che « ciascuno di *tutt'i suoi beni presenti* può esser nominativamente sottomesso all'ipoteca dal debitore. » Ma esprime che « *i beni futuri* non possono essere ipotecati. » Pertanto è chiaro che non basta che l'ipoteca convenzionale sia accordata dal proprietario avente capacità di alienare lo immobile ipotecato, e che sia stabilita con un atto stipulato innanzi notaio; è uopo ancora, perchè l'ipoteca sia validamente costituita, che lo immobile o gl'immobili ipotecati sieno specificati nel titolo costitutivo.

672. Nel sistema della legge, la specialità

(1) I vantaggi della specialità sono stati messi in mostra nell' Esame amministrativo del 1841, massime dalle Corti di Colmar, Grenoble, Limoges, Montpellier, Nancy, Nimes, Riom, e dalla Facoltà di dritto di Strasbourg. In questo punto, come su molti altri, si consulteranno sempre con successo questi documenti preziosi (Doc. ip. § III, p. 307 e seg.).

è dunque della essenza medesima dell'ipoteca convenzionale: perciò le enunciazioni che tendono a specializzare il pegno, e che son richiesto a pena di nullità, debbon farsi nel titolo stesso dell'ipoteca, ossia, per rientrare nella espressione del nostro articolo, vuoi nell'atto autentico costitutivo del credito, se l'ipoteca è stata costituita mercè quest'atto, vuoi in un atto autentico posteriore, se l'ipoteca è stata aggiunta ad un'obbligazione che primitivamente non aveva questa sicurezza, mercè quest'atto posteriore.

Fa d'uopo conchiudere da ciò che non può essere supplita all'omissione o all'insufficienza delle enunciazioni dell'atto costitutivo dell'ipoteca con le enunciazioni fatte ulteriormente nella iscrizione. Vedremo, nel nostro commentario dello art. 2148, che tra le altre enunciazioni prescritte, l'iscrizione ne deve contenere delle simili a quelle che esige il nostro articolo, e ciò nello scopo di far conoscere a'terzi i beni su cui il creditore intende conservare il suo privilegio o la sua ipoteca. Ma questa prescrizione della legge è un interesse particolare, che è la pubblicità. Or la specialità prepara la pubblicità istessa: non bisogna dunque confonderle, o supporre che esista tra esse una correlazione tale che si completerebbero l'una con l'altra, o che si potrebbe togliere dalle menzioni relative alla pubblicità di che supplire all'insufficienza del titolo costitutivo dell'ipoteca relativamente alla specialità. Abbiamo su di ciò una giurisprudenza costante; e quante volte il creditore à preteso purgare mercè dichiarazioni contenute nella iscrizione il vizio del contratto ipotecario, la giurisprudenza à rigettata la pretensione, giudicando con ragione che il designare nella iscrizione lo immobilo gravato gli è un soddisfare al voto della legge che prescrive la pubblicità, senza nulla fare relativamente alla specialità, la quale non può rinvenirsi che nell'atto costitutivo dell'ipoteca (1).

673. Ora, come mai deve l'atto specializzare gl'immobili ipotecati? Secondo il nostro articolo, la specializzazione deve risultare dalla doppia indicazione della *natura* e della *situazione* di ciascuno degli immobili su'quali il debitore consente la ipoteca del credito.— La *natura* d'un immobile si intende della sua qualità di proprietà edificata o coltivabile; si è ciò che lo art. 2148 indica con più precisione, quando dice de'borderò esibiti all'uopo di operare l'iscrizione, che contengono la indicazione della *specie* e della situazione dei beni gravati. Pertanto l'atto costitutivo dichiarerà se lo immobile su cui il debitore consente l'ipoteca del credito è un edifizio, un giardino, un prato, un canapaio, un boseo, ecc.—La *situazione* d'un immobile s'intende del luogo che occupa nella tale o tale altra circoscrizione territoriale in rapporto ad altri immobili che vi sono egualmente situati. Così l'atto costitutivo esprimerà che la casa, il prato, il bosco, ecc., gravato dell'ipoteca, è situato nella tale o tal' altra comune. — Tutto ciò si comprende a meraviglia, e non v'à cosa di esecuzione più agevole della prescrizione della legge nel caso in cui l'ipoteca è costituita dal debitore su di un solo de'suoi immobili. Non v'à forse esempio d'una costituzione d'ipoteca compromessa per insufficienza delle enunciazioni costitutive della specialità in questo caso particolare.

674. Ma è ben altro ne' casi frequentissimi in cui l'ipoteca è stata costituita, sia su di un corpo di proprietà composto di edifizi, di fondi e di fabbriche dipendenti da una stessa coltivazione, sia su di una generalità d'immobili, per esempio, sulla totalità di quelli che il debitore possiede nella estensione di uno stesso circondario ipotecario o nel territorio di una stessa comune. La quistione si è di frequente elevata e si eleva ancora tutto dì se, in questo caso, si sodisfa alle esigenze della legge, in quanto concerne la specialità, con la semplice indicazione nell'atto costitutivo dell'ipoteca, sia del fondo, sia della comune o del circondario ipotecario nel quale gl'immobili son situati. Attenendosi al testo del nostro articolo, è evidente che non v'à esitazione a fare. Quando la legge dice nel modo più positivo che non v'à ipoteca convenzionale *valida* oltre quella che dichiara la *natura* e la *situazione* di CIASCUNO degl'immobili su'quali il debitore consente l'ipoteca del creditore, sembra ben difficile validar l'ipoteca che obbliga in un modo generale e senza alcuna designazione precisa e speciale *tutti* gl'immobili che il debitore possiede nella tale comune o nel tale circondario ipotecario, o un fondo il quale, nel suo insieme, comprende diversi immobili. Laonde la Corte di cassazione à sempre annullate le costituzioni d'ipoteche in cui la designazione degl'immobili ipotecati s'allontana pur completamente da'termini della legge; la soluzione, a tal riguardo, è identica ne' suoi primi arresti, che rimontano agli anni 1808 e 1810, e nell'ultimo, che è alla data del 1852 (2).

(1) V. Cass., 20 feb. 1810; Rig., 26 apr. 1832; Colmar., 23 ag 1832. Dijon. 23 dec. 1843 (. P., 1843, t. 1, p. 105; 1841. t. I. p. 312; t. II, p. 310). — *Confr.* Persil art. 2129, n. 7), Dalloz (*Ip.*, p. 202, n. 6), Mourlon (n. 998) Zachariae, t. II, p. 145.

(2) V. Cass, 25 ag. 1810 e 20 febbr. 1812, 26 apr;

Le corti imperiali sono state meno ferme nella loro dottrina. In origine, sembravano inclinare verso la giurisprudenza della Corte suprema (1); ma se ne sono bentosto discostate, e, nello stato attuale delle cose, tengono per validi, come corrispondenti anzichè no al voto della legge che esige la specialità dell'ipoteca, gli atti coi quali il debitore affetta, senz'altra designazione, tutti gli immobili che possiede nel tale comune o anche nel tale circondario ipotecario denominato nell'atto (2), massime quando ipotecando così gli immobili in un modo collettivo, l'atto esprime che consistono in case, edifizii, prati, vigne, boschi, ec. (3).

Diciamolo tuttavia: non è mica la specialità quale è stata istituita dal legislatore. In questi termini, la costituzione d'ipoteca si discosta dalla lettera, lo abbiamo già detto, e ciò è sì evidente alla sola lettura del nostro articolo, da essere vano lo insistere. Aggiungiamo ancora che lo spirito della legge non vi è tampoco rispettato. Il legislatore ha fatto della specialità l'uno de' principii fondamentali in tal materia, e come testè dicevamo, l'à istituita, nello interesse di tutti, del debitore istesso come del creditore, in odio di questo sistema delle ipoteche generali i cui inconvenienti e pericoli erano d'una evidenza palpabile: or è ben chiaro che autorizzare l'affezione collettiva di tutti gli immobili, quale ne sia la natura, che appartengono al debitore nel tale luogo determinato, senz'alcuna designazione che li individualizzi, si è un cercare di far rivivere il sistema delle ipoteche generali. Se l'affezione può così farsi in massa per tutti gli immobili che il debitore possiede in una circoscrizione limitata, perchè non potrebbesi fare in blocco altresì per tutti gl'immobili che il debitore possiede attualmente, non solo in questa circoscrizione, ma ovunque? Epperò fin qui si giunge; chè, fra gli autori e gli arresti dei quali combattiamo la dottrina, ne troviamo un buon numero che validano, anche in quest'ultimo caso, la costituzione collettiva senz'alcuna designazione nominativa che distingua e specializzi gl'immobili ipotecati. Così, a grado a grado, si giungerebbe a distruggere il sistema della legge, e per quanto è possibile, a porre la generalità al posto della specialità.

Non potremmo ammettere che gli arresti che menano ad un tal risultato sieno nella verità giuridica. Ben si dice, per giustificarne la dottrina, che, non bisogna esagerar le cose sanzionando dei mezzi di nullità fondati su di uno spirito di puntiglio e di cavillo (4), e che i terzi ne sanno abbastanza quando sono avvertiti che tutti i beni del debitore o tutti quelli che possiede nella tale o tal'altra circoscrizione determinata sono già ipotecati ad un credito, che è pure indicato. Ma l'obbligazione mena al falso. La comprenderemmo se la quistione fosse qui di sapere ciò che vale la *iscrizione* fatta da un creditore nel caso in cui essa sodisfa in un modo più o meno completo alla disposizione dello articolo 2148, che esige l'indicazione della specie e della situazione dei beni sui quali il creditore intende esercitare il suo privilegio o la sua ipoteca; la iscrizione è l'istrumento della *pubblicità*; essa cale anzitutto ai terzi, chè particolarmente deve far loro conoscere non solo l'esistenza dell'ipoteca, ma eziandio la misura in cui quest'ipoteca affetti gl'immobili del debitore. Si comprende dunque di leggieri che quando un terzo contesta la validità di una iscrizione fatta da un creditore, costui possa opporre come una specie di fine di non ricevere che del resto l'iscrizione è stata presa in termini tali che niuno à potuto essere ingannato augli immobili cui essa affetta. In questo pensiere procedevano di recente i progetti di riforma ipotecaria, allorchè mantenendo la piupparte delle prescrizioni dello art. 2148, aggiungevano, con una disposizione espressa, che « niuna iscrizione potrebbe annullarsi per infrazione a tali prescrizioni, quando le enunciazioni prescritte fossero sostituite da enunciazioni equivalenti; che la nullità non potrebbe domandarsi se non da coloro *a' quali la infrazione arrecasse danno*; ed anche che i tribunali potrebbero, secondo la natura e la estensione del danno, annullare la iscrizione o ridurne lo effetto (5). «

1852 (I. P., 1852, II, p. 310). V. pure Tarrible (2, *Ip.*, sez. 2, § 3, n. 6), Merlin (v° *Iscriz.*, § 5, n. 12), Persil (art. 2129, n. 4), Duranton (t. XIX, n. 371), Zachariae ed i suoi annotatori Aubry e Rau (p. 141 e nota 16). V. pure Grenier (§. 1 n° 71), Troplong (n° 136 bis).

(1) V. Parigi, 28 nev. anno 13; Aix, 30 ag. 1809; Angers, 10 ag. 1826.

(2) V. Riom, 13 apr. 1826; Pau, 23 ag. 1834; Nancy 30 magg. 1843; Limoges, 11 dec. 1845 (Dev., 45, 2, 574; I. P., 1843, §. II, p.691, 1846, §. II, p.717).

(3) Besançon, 22 giug. 1810, Agen, 27 giug. 1811, Parigi, 20 giug. 1812 e 21 feb 1830, Bourges, 11 mag. 1813 e 22 apr. 1841; Metz, 21 mag. 1813; Riom, 31 ag. 1816, I. P., 1841, §. II. p.727; 1850. p.733.

(4) Sono le espressioni del Troplong. V. ivi.

(5) V. i progetti di riforma discussi nell'Assemblea legislativa nel 1851, e massime lo articolo 2151 del progetto preparato per la terza deliberazione.

Forsechè si tratta qui di ciò? Punto nè poco. Il principio di cui dobbiamo far qui l'applicazione è quello della *specialità*. Or ancora una volta, la specialità non è la pubblicità; e non bisogna confonderle. La specialità à tutto altro oggetto che lo interesse dei terzi: essa prende nelle mani il credito del debitore che garentisce, obbligando il creditore a contentarsi d'un pegno ristretto, ma sufficiente; à indi in veduta la sicurezza del creditore, in quanto sostituendosi alla generalità, gli fa guadagnare in certezza ciò che gli fa perdere in estensione (v. *supra*, n. 669): ecco il suo oggetto preciso. Non parliamo dunque della iscrizione nè tampoco de' terzi, chè non siamo in presenza dello art. 2148. Parliamo del contratto ipotecario e delle parti che lo formano, chè lo art. 2129 dobbiamo spiegare. Ebbene, questo articolo è preciso; la disposizione ne è rigorosamente imperativa; il testo, e ciò è notevole, era stato letteralmente mantenuto in tutt'i progetti di riforma (1), senza che siasi per nulla pensato ad introdursi un temperamento analogo a quello mercè cui questi stessi progetti attenuavano la disposizione dello art. 2148. Che di più concludente? È mestieri dir di più per riconoscere che la tolleranza delle corti imperiali sulla quistione non è in alcun modo giustificata, e che, sotto pena di radiare il nostro articolo e di sopprimere il principio della specialità, è forza dire che la validità del contratto ipotecario è essenzialmente subordinata alla descrizione speciale degli immobili ipotecati con l'indicazione della natura o specie, e della situazione di ciascuno di questi immobili?

675. Del resto, è da notarsi che la legge non dice in quali termini deve farsi l'indicazione della natura e della situazione de' beni su'quali il debitore consente l'ipoteca del credito. S'induce da ciò che, quando la designazione è fatta, il punto di sapere se basta o no è una pura quistione di fatto la cui risoluzione appartiene a' giudici del merito, i quali valutano sovranamente, senza che la loro decisione possa essere utilmente deferita alla censura della corte di cassazione (2).

676. Tuttochè la specialità sia stabilita particolarmente per individualizzare lo immobile o gli immobili che il debitore sottomette all'ipoteca, il legislatore non à pensato che ciò potesse impedire che la costituzione d'ipoteca riflettesse ad un tempo su tutt'i beni che il debitore *possiede attualmente*. Ed in fatti, la specialità non à nulla d'incompatibile con questa affezione generale, purchè *ciascuno* de' beni presenti del debitore sia *nominativamente* sottomesso all'ipoteca. Il nostro articolo-formola in termini espressi quest' applicazione del principio della specialità.

677. Ma sarebbe incompatibile con l'affezione che abbracciasse i beni futuri del debitore. Come in fatti la costituzione d'ipoteca potrebb' essa indicare la natura e la situazione de' beni che non sono ancora e non saran forse mai in possesso del debitore! L'ipoteca convenzionale de' beni futuri sarebbe dunque stata proscritta per la forza stessa delle cose e per una deduzione necessaria del principio della specialità, quand'anche il legislatore non avesse creduto doverla proibire formalmente col nostro articolo. Così Pietro, debitore d'una somma di 20, 000 fr., consente a Giacomo, suo creditore, un'ipoteca generale, che abbraccia ad un tempo, come se fosse giudiziaria o legale, i suoi beni presenti e futuri; la costituzione d'ipoteca è nulla assolutamente, tanto assolutamente nulla che se fosse stata fatta con un atto privato. Questo non è quistionabile.

678. Ciò che si è messo in dubbio è di sapere se una tale affezione così fatta contro un divieto formale della legge darebbe almeno al creditore che l'ha ottenuta il dritto di reclamare dal suo debitore un'ipoteca speciale. Il Persil si pronuncia per l'affermativa. « Debbonsi, dic' egli, interpetrare i contratti *pro ut sonant*. Or è evidente che l'intenzione del mutuante è stata di avere un'ipoteca che gli assicurasse la restituzione del danaro prestato; ed il debitore non deve prevalersi di un errore in cui avrà sovente indotto egli stesso il suo creditore (3) ». E questo avviso trova appoggio in un arresto della Corte di Brusselle, dal quale risulta che la stipulazione d'ipoteca generale su'be-

(1) V. lo articolo 2153 del progetto del Governo, lo articolo 2136 del progetto del consiglio di Stato, e lo articolo 2122 del progetto della commissione dell'Assemblea legislativa adottato nella seconda deliberazione. — Lo stesso ravvicinamento puo farsi nella legge belgica del 16 decembre 1851. Mentre che lo articolo 85 dispone espressamente che la iscrizione non potrà annullarsi per omissione delle enunciazioni prescritte se non quando risulterà dall'omissione un danno a detrimento dei terzi, lo articolo 78. in luogo di ammettere lo stesso temperamento estende il principio della specialità e lo ferma con più rigore ancora del nostro articolo 2129, V. Marton (t. III, p. 93), Delebecque (Comm. legisl. p. 282 o 316.

(2) V. Rig, 18 febbraio 1828, 14 giugno 1831, 18 febbraio 1836, 8 aprile 1844 (Dall., 36, 1, 81, Dev., 36, 1, 471, J. P. 1844, t. 1; p. 373).

(3) V. Persil (art. 3129, n. 1) — Arrogi: Grenier (t. 1, n. 67).

ni del debitore, tuttochè non fosse valida sotto la legge degli 11 brumaio anno 7, bastava nonpertanto per autorizzare il creditore ad esigere dal suo debitore che gli stessi beni gli fossero affetti con l'ipoteca speciale (1).

Per equa che la soluzione possa sembrare non vorremmo, diremo, col Troplong, concorrere ad una decisione che la sanzionasse. L'ipoteca, nel caso dato, è radicalmente nulla, il ripetiamo. Non è possibile ricorrere al ministero del giudice perchè sostituisca ad una convenzione senza valore un'altra convenzione che riunisce le condizioni della legge; chè il giudice à per ufizio, non di creare, ma di dichiarare i dritti esistenti. In quanto al creditore, è sua colpa se ogni ricorso gli vien ricusato: non doveva accettare un'obbligazione che la legge colpiva di nullità. È concorso all'atto nullo al pari del debitore; non gli è dato dunque di trarne vantaggio, neppur contro quest'ultimo, e di giovarsene all'uopo di ottenere un titolo ipotecario regolare. La Corte di Aix si è pronunciata nel senso di questa soluzione, la quale, del resto, è adottata dalla maggioranza degli autori (2).

679. Tali sono le regole in quanto concerne la specialità al punto di vista del pegno ipotecario. Ma, come abbiam detto, queste regole comportano certe limitazioni che fa d'uopo precisare prima di passare alle osservazioni sulla specialità al punto di vista del credito garentito dall'ipoteca.

III — 680. La prima di queste limitazioni risulta dallo art. 2130. Essa modifica la disposizione finale dello art. 2129; chè dopo di aver detto alla fine di questo articolo che « i beni futuri non possono essere ipotecati, » il legislatore ci dice ora, nello art. 2130, che « nulladimeno se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per la sicurezza del credito, può, esprimendo questa insufficienza, consentire che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito vi rimanga affetto, a misura degli acquisti. » Gli è questa una modifica al principio della specialità, non ne è l'abbandono; chè, nel derogarvi in una certa misura e ad un certo punto di vista, lo art. 2130 vi riconduce tuttavia l'ipotesi che prevede, con la necessità che impone al debitore che offre i suoi beni futuri in pegno di avere almeno de' beni presenti che possano essere specialmente affetti e la cui esistenza nelle mani di questo debitore permette la formazione del contratto ipotecario (v. *infra*, n. 688).

681. Si è sovente rimproverato a questa disposizione della legge la sua pretesa immoralità. Chi dunque, si è detto, può farsi un mezzo di credito de'suoi beni futuri? In generale, il figlio di famiglia, che sconta così anticipatamente la successione de' suoi genitori. E chi può consentire a dare a mutuo su pegni sì eventuali? Ben sovente degli usurai che cercano nella enormezza dello interesse o in stipulazioni fraudolenti l'equivalente de' rischi a cui sono esposti (3). Queste critiche non sono state senza influenza nelle recenti discussioni di cui il regime ipotecario è stato l'oggetto. Nel Belgio, àn prodotta la soppressione, nella legge del 16 decembre 1851, della disposizione di cui dobbiamo qui occuparci (4); ed in Francia, se la riforma discussa dal 1849 al 1851 fosse stata attuata, è probabile che non sarebbe stato altrimenti, poichè di tutti i progetti sottomessi alla discussione, non ve n'era alcuno, compresovi quello che l'assemblea legislativa aveva ammesso nelle due prime deliberazioni, che non avesse messo il nostro articolo in disparte (5).

Questo articolo avea pertanto, ed à tuttavia per difendersi, le gravi considerazioni che ne fecero ammettere la disposizione allorchè discutevasi il Codice Napoleone. Tutte le obbiezioni eran note e si produssero allora; lo articolo fu pur sempre mantenuto come contenente una misura favorevole al credito, utile a' costumi e conforme al dritto di proprietà.

Si è ciò che rammentavano le corti, in maggioranza d'altronde le quali, nella inchiesta amministrativa del 1841, si pronunciarono in favore della disposizione. Quale à potuto essere, dicevano esse, il motivo per autorizzare colui che si obbliga ad ipotecare i beni futuri, se non quello di procurare

(1) V. Brusselle, 27 giugno 1821. Si invoca, nello stesso senso, un arresto della Corte di Riom del 25 maggio 1806 (Sirey. 17, 2, 360), ma nel merito, si trattava piuttosto nella specie d'una ipoteca giudiziaria, in quanto l'azione non era esercitata che dopo la scadenza del debito dal creditore il quale, per effetto della sentenza potè iscriversi su beni che il debitore non possedeva al tempo della costituzione.

(2) Aix, 16 agosto 1811.—V. pure Duranton (t. XIX n. 365), Troplong (n. 515) Martou (n. 1000).

(3) Rapporto del Vatismesnil a nome della Commissione dell'Assemblea legislativa (p. 20). V. pure le Osservazioni delle Corti di Agen e di Rennes e della Facoltà di Caen e di Grenoble, nello esame amministrativo del 1841 (Doc. ip. t. III, p. 332, 341, 342).

(4) V. Delebecque (Comm. legisl., p. 281), Martou (n. 1001).

(5) V. i rapporti già citati del Persil e del Vatismesnil. Arrogi il rapporto fatto da Bethmont a nome del Consiglio di Stato (p. 48).

a ciascuno, sia per secondare la sua industria, sia per sovvenire a' suoi bisogni o riparare delle sventure, tutt' i mezzi che può avere da ispirar la fiducia? Non solo i suoi beni attuali, ma eziandio la sua buona condotta, la sua probità, il suo lavoro, i suoi talenti, i beni che l'ordine della natura deve trasmettergli, compongono lo attivo che può offrire per pegno.

Da più di venti secoli che è permesso di ipotecare i proprii beni presenti e futuri, non si era inteso dire che questa facoltà fosse immorale nè pericolosa. Si à timore degli abusi a cui una tale facoltà può dar luogo, in quanto espone alla cupidigia de' creditori poco dilicati i dissipatori ch'essa invita in qualche modo a speculare sopra successioni future! Ma l'ipoteca giudiziaria affissa dalla legge alle sentenze di ricognizione o di verificazione di firme è ben altrimenti pericolosa sotto questo rapporto (v. *supra*, n. 597), chè piottosto a questo mezzo che all' ipoteca sussidiaria de' beni futuri ricorrono gli usurai di cui si temono le combiuszioni fraudolenti. In ogni modo sarebbe mai giusto, per impedire a taluni dissipatori di ruinarsi anticipatamente ipotecando i beni che possono loro un giorno scadere, di privare l'uomo intelligente, laborioso ed onesto, di un mezzo di credito che lo stato attuale della sua fortuna non gli permetterebbe di procurarsi? Che la legge rimedii agli abusi del dritto di proprietà o che li prevenga, deve indubitatamente farlo; ed è ciò che fa vietando o colpendo di nullità ogni stipulazione sulle successioni future: ma innanzi tutto deve mantenere e rispettare il dritto di proprietà, e ispirata da questo sentimento di dovere dà essa a' cittadini la facoltà di offrire in pegno, come mezzo di sviluppare la loro industria col credito, non solo gli immobili che posseggono, ma eziandio quelli che ànno la speranza di acquistare un giorno (1).

Sorgono contro il nostro articolo altre censure ancora; gli si rimprovera la sua pretesa inconseguenza e la sua ingiustizia, in quanto ruina il principio della specialità, dopo di averlo consacrato, autorizzando, anche eccezionalmente, l'ipoteca de'beni futuri, ed in quanto ammessa una volta la eccezione, ne ricusa il beneficio precisamente a coloro i quali, non avendo nulla attualmente, avrebbero più di qualunque altro bisogno di ricorrervi. Ritorneremo su di ciò più oltre, e mostreremo che questi rimproveri procedono da una falsa intelligenza del pensiere della legge (v. *infra*, n. 688); e senza soffermarvici attualmente, passiamo al commentario.

682. La disposizione del nostro articolo essendo eccezionale, l'applicazione ne sarà necessariamente rinchiusa ne' suoi termini precisi, e non si ammetterà l'ipoteca dei beni futuri come valida che quando tutte le condizioni richieste dalla legge si troveranno riunite. Quali sono queste condizioni? È uopo: 1° che i beni presenti sieno insufficienti; 2° che l'insufficienza sia dichiarata; 3° che il debitore consenta che ciascuno degli immobili che acquisterà in seguito rimanga affetto al credito, a misura degli acquisti. Ciascuna di queste condizioni può dar luogo a qualche difficoltà nell'applicazione.

683. È uopo che i beni presenti sieno insufficienti. In fatti, sarebbe un abbattere il principio della specialità l'autorizzare l'ipoteca de' beni futuri, quando il debitore possiede attualmente de' beni suscettivi di dare al creditore una sufficiente garenzia. Ecco dunque la ipotesi della legge. Paolo, proprietario d' un immobile il cui valore può ascendere alla cifra di 5,000 fr., toglie a prestito da Pietro una somma di 10,000 fr. necessaria pe' suoi bisogni particolari. Lo immobile evidentemente non basta per rispondere del debito: adunque conferendo un'ipoteca speciale sul suo immobile a Pietro, Paolo consentirà validissimamente che ciascuno de' suoi immobili futuri rimanga affetto al credito a misura degli acquisti.

Ma supponiamo che lo immobile sia d' un valore di 10,000 fr. e, quindi, eguale alla somma tolta a prestito solamente, questo immobile è già gravato d' un' ipoteca in favore di Giuseppe, per sicurezza d' una somma di 5,000 fr. che quest' ultimo à prestato a Paolo già da gran tempo. V' à forse in ciò l'insufficienza di cui parla la legge? E Paolo potrà mai in questo caso istesso obbligare i suoi beni futuri ipotecando specialmente il suo immobile in favore di Pietro? Lo potrà certamente. Lo art. 2130 ben ci dice che il debitore può offrire i suoi beni futuri, quando i suoi beni presenti e liberi sono insufficienti per la sicurezza del credito. Ma è mestieri attenersi allo spirito della legge e conformarvi la lettera. Or, nello spirito della legge, lo abbiam veduto poc' anzi, ciò che valida la stipulazione su' beni futuri, è la esistenza do' beni presenti cui l'ipoteca possa colpire, immediatamente in un modo speciale, e ne' quali il creditore non trova una bastevole garenzia. Tal' è la situazione nel caso proposto; chè, per essere assorbito in parte da un' ipoteca anteriore,

(1) V. le osservazioni delle Corti di Angers, di Grenoble, di Montpellier e di Pau (Doc. ip. t. III, p. 332, 338, 339).

lo immobile di Paolo non lascia di esistere nelle sue mani come un pegno che può affettare specialmente, e la cui esistenza autorizza quindi e giustifica l'affezione eventuale degli immobili futuri.

681. È forza, in secondo luogo, che la insufficienza sia dichiarata. Adunque, se una costituzione d'ipoteca cadesse ad un tempo su' beni presenti e futuri, senza che l'insufficienza de' beni presenti fosse dichiarata, la stipulazione sarebbe nulla, quand'anche questi beni presenti fossero realmente insufficienti.

Ma in qual misura dovrà lo annullamento pronunciarsi? Fa d'uopo distinguere. Se la costituzione dell'ipoteca è generale, se le parti han dichiarato che l'ipoteca colpirebbe i beni presenti e futuri, la stipulazione sarebbe nulla all'intutto, e radicalmente nulla, chè sarebbe un ritorno al principio della generalità, che la nuova legge vieta formalmente per l'ipoteca convenzionale. Ma se le parti han dichiarato che l'ipoteca cadrebbe specialmente sul tale immobile determinato esistente attualmente nelle mani del debitore, ed inoltre sugl'immobili che potrà acquistare ulteriormente, la stipulazione non sarebbe annullata che relativamente a questi ultimi immobili, e l'ipoteca reggerebbe in quanto allo immobile presente e specializzato nel l'atto costitutivo.

Ora, supponiamo che l'insufficienza dei beni presenti sia dichiarata, può sorgere una difficoltà di un'altra natura; la costituzione sarà essa valida e dovrà mai esser mantenuta, quand'anche la dichiarazione d'insufficienza fosse menzognera? Alcuni autori insegnano che la legge non avendo dato ad alcuno, neppure a' creditori del costituente, il dritto di controllare la dichiarazione, la ipoteca dev'esser mantenuta anche su' beni futuri (1). Noi siamo su tal punto di avviso differente.

I terzi interessati possono, secondo noi, provar la falsità o lo errore della dichiarazione ed autorizzarsene per far annullare l'ipoteca de' beni futuri (2).

Indubitatamente non v'à testo speciale che consacri questo dritto in favore de' terzi interessati; ma i principii generali ed il dritto comune vi bastano; or, essi permettono a chiunque soffra un torto di prender le vie legittime e regolari per farlo cessare.

683. Fa d'uopo infine che il debitore consenta che ciascuno de' beni immobili che acquisterà in seguito rimanga affetto alla sicurezza del credito a misura degli acquisti. Troviamo particolarmente qui la conferma dell'idea espressa più innanzi (v. n. 680), che, anche autorizzando l'ipoteca de' beni futuri, il nostro articolo si rallega al principio della specialità, e che modificandolo su di un punto, lo tiene ancora per fondamentale in ogni costituzione d'ipoteca convenzionale. Ciò risulta dalla necessità stessa in cui è il debitore, affettando specialmente de' beni presenti insufficienti per la sicurezza del credito, di consentire, secondo la espressione del nostro articolo, che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito *vi rimanga affetto a misura degli acquisti*. La legge ci mostra con ciò che, anche in questo caso, il contratto ipotecario deve cadere, in realtà e principalmente, sui beni presenti, ciò che è l'applicazione del principio della specialità; e che solo sussidiariamente, ed a titolo di supplemento o di complemento, colpirà i beni futuri, a misura che saranno acquistati.

Secondo ciò, non si comprende come siasi messo in quistione il punto di sapere se l'ipoteca convenzionale de' beni futuri, nel caso dello art. 2130, colpisca i beni pervenuti ulteriormente al debitore, indipendentemente da ogni nuova iscrizione come se si trattasse d'un'ipoteca giudiziaria (v. *supra*, n. 596); ovvero se il dritto ipotecario si eserciti su' beni pervenuti al debitore dopo la convenzione sol mercè una iscrizione speciale presa su ciascuno di questi beni nominativamente, ed a misura che pervengono nelle mani del debitore. Molto meno comprendesi come delle autorità, accreditate anzichè no, abbian supposto che la iscrizione primitiva basti per colpire gl'immobili futuri a misura del loro acquisto da parte del debitore (3). Si è invocato in appoggio di questa soluzione il pensiero stesso che à ispirata la disposizione del nostro articolo, pensiere di soccorso, dicesi, che rimarrebbe senza effettuazione, in quanto niun creditore vorrebbe accettare un'ipoteca ne' termini di questo articolo, se non fosse assicurato, almeno in quanto al grado ipotecario, in virtù della iscrizione presa su' beni presenti, in guisa che pervenendo de' nuovi acquisti, non avesse a temere di esservi posposto

(1) v. Mourlon (*Rip. scr.* t° III, p. 474).

(2) V. Troplong (n. 539).

(3) V. Angers, 14 luglio 1842 (Dev. 42, 2,469; Dall., 42, 2,203; I. P., 1842, t. II, p. 142). — *Innge:* Favard de Langlade (v. *Ip.*, sez. 2, § 3, n. 10), Rolland de Villargues (v. *Ip.*, n. 282), Caquot (*G. del Notariato*, n. 212, 219 e 213).

con ipoteche legali o giudiziarie nate prima della data di questi acquisti, o anche con ipoteche convenzionali che il debitore vi potesse conferire a suo danno, prima che egli avesse cognizione dell'aumento sopraggiunto nel patrimonio immobiliare di quest'ultimo. Si è invocata anche la discussione della legge, e massime la differenza notevole esistente tra il progetto sottomesso alla discussione e la redazione definitiva. In effetti, la Corte di cassazione, la quale, come abbiam fatto osservare poc'anzi, riconduSse le menti al principio della specialità per l'ipoteca convenzionale, proponeva di dire, per eccezione, che « se i beni presenti e liberi del debitore fossero insufficienti per la sicurezza del credito, potrebbe, esprimendo questa insufficienza, consentire che il creditore *potesse iscriversi su ciascuno de' beni futuri, a misura del loro acquisto* senza pregiudizio del dritto di far ridurre le iscrizioni eccessive che il creditore avesse fatto in conseguenza (1); » ed in luogo di dire, come la Corte di cassazione, che il debitore dovrebbe consentire che il creditore potesse *iscriversi*, i redattori della legge han detto che il debitore può consentire che i beni futuri *rimangono offetti a misura degli acquisti*.

Ma in tutto ciò non v'à nulla di decisivo. Si è l'opinione che abbiamo espressa altrove, in diversi luoghi (2); lo studio che facciamo del sistema della legge presa nel suo insieme non fa che confermarla.

Noi eliminiamo a bella prima l'obbiezione tratta dalla discussione della legge. Un poco di attenzione basta a far riconoscere che il cambiamento di redazione da cui si trae vantaggio è stato fatto unicamente in un interesse di ordine e di metodo. Allogato sotto la rubrica dell'ipoteca convenzionale e fra le disposizioni che àn riguardo al carattere di questa ipoteca, il nostro articolo non doveva occuparsi della iscrizione a cui il Codice consacra un capitolo speciale. La Corte di cassazione, nel suo progetto, non vi avea badato, e si vede che in luogo di dividere ove la divisione era necessaria, riuniva in una stessa disposizione delle cose onninamente distinte, cioè: il dritto ipotecario in sè stesso, l'iscrizione e la riduzione. Era ben naturale che, nella revisione di questo progetto, ove trovavansi confuse delle idee, che avea ciascuna il suo posto nel disegno della leggo, queste idee fosser separate e classificate nel loro ordine. Così fu fatto: il dritto ipotecario fu consacrato nello art. 2130; ciò che riguardava l'iscrizione fu rinviato allo art. 2148, e ciò che concerne il dritto di riduzione fu riservato per lo art. 2161 (il quale, del resto, non ammette lo avviso emesso su questo punto dalla Corte di cassazione; *infra*, n. 687). Così limitato nel suo oggetto, lo art. 2130 si spiega dunque a meraviglia; ed il verbo *affettare*, che è stato sostituito dal dal verbo *iscriversi*, vi è d'una esattezza perfetta; chè, in fatti, il debitore, nel caso dello articolo, *offetto* eventualmente de' beni non ancora acquisiti: li affetta, salvo poi al creditore a prender le misure e ad adempiere le formalità prescritte dalla legge, perchè quest'affezione eventuale sia efficace. È la pruova che il nostro articolo non dice nulla di più, la pruova anzitutto che il suo pensiere non è giunto fino ad esonerare il creditore dalla necessità di adempiere le formalità suscettive di effettuare l'ipoteca sui beni futuri, risulta dalle spiegazioni stesse di cui lo articolo è stato l'oggetto nelle diverse fasi della discussione. Pertanto, al consiglio di Stato, Bigot-Préameneo dicea: « I partigiani della legge dell'anno 7° vi propongono qualche modifica; vogliono che, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per la sicurezza del credito, possa, esprimendo questa insufficienza, consentire che il creditore *s'iscrivo su ciascuno dei beni futuri, a misura del loro* acquisto (3). » Al Tribunato, il Grenier diceva egualmente nel suo rapporto; » Se i beni presenti e liberi del debitore fossero insufficienti... può consentire che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito rimanga affetto al credito, a misura degli acquisti. *Tuttochè allora non vi sia ipoteca in favore del creditore, relativamente a' beni futuri, che a contare da ciascuna iscrizione*, si vedrà pur sempre in ciò una facilità in favore del debitore (4)... Infine, al Corpo legislativo, il Treilhard diceva nella esposizione de' motivi:

« Tutto ciò che può desiderare un cittadino, è di potere, quando le sue facoltà presenti son troppo deboli, » *dare al suo creditore il dritto d'iscriversi in prosieguo sul primo o sul secondo immobile che acquisterà; si è un'affezione speciale che si effettua con la iscrizione, quando lo immobile è*

(1) V. Fenet (t. II, p. 000).
(2) V. *Rivista di legislazione* (anno 1846, t. II, p. 327), Giornale *del Notariato* (n. 243), *Rivista critica* (t. V, p. 18.)
(3) V. Fenet (t. XV, p. 521).
(4) *Ibid.* (p. 406).

acquisito (1). » — Non v' à dunque equivoco possibile sul pensiere de' redattori della legge.

Ma dimentichiamo questo commentario legislativo, tuttavia ben preciso e ben energico: prendiamo il testo ne' suoi rapporti col sistema generale della legge. Che ci dice esso? Che il debitore potrà, esprimendo l'insufficienza de' beni attuali, consentire che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito rimanga affetto a misura degli acquisti. Può mai con ciò intendersi che il consenso del debitore avrà per effetto di gravare sin da ora e per sè stesso tutt' i beni futuri, e di far uscire immediatamente dalla convenzione una ipoteca la quale, per rapporto a questi beni, prenderà grado a datare da questa convenzione istessa, o almeno dalla iscrizione fattane? No, evidentemente; e la pruova sta nella economia dello art. 2148, relativo al modo d'iscrizione. Questo articolo, quando esige che il borderò da esibire dal creditore contenga, tra l'altro, l'indicazione della specie e della situazione de' beni, aggiunge immediatamente che questa formalità non è necessaria in quanto concerne le ipoteche legale e giudiziaria, il che ben si comprende, implicando queste ipoteche una idea di generalità che le fa estendere su tutt' i beni del debitore, e rende per ciò stesso ogni designazione inutile. Or questa eccezione la legge non la fa in favore della ipoteca convenzionale de' beni futuri ne' termini del nostro articolo. Che conchiuder dunque da tutto ciò? Che la ipoteca ondo si tratta in questo articolo non è generale per principio; che conserva, al contrario, il carattere della specialità, epperò, che il creditore a cui è accordata non è dispensato dallo indicare sul borderò la specie e la situazione de' beni su' quali intende conservare il suo dritto ipotecario. Posto ciò, la nostra quistione è per la stessa ragione risoluta; che se la iscrizione deve contenere la specie e la situazione de' beni sottomessi all' ipoteca, come questa iscrizione potrebbe mai precedere lo acquisto degli immobili per parte del debitore? L' ipoteca consentita ne' termini dello art. 2130 non sarà dunque effettuata, in quanto a' beni futuri, che mercè iscrizioni successive, falte a misura degli acquisti.

Indubitatamente accadrà, in questo sistema, che il creditore avrà su' beni futuri un'ipoteca la cui data sarà differente da quella dell' ipoteca de' beni presenti; potrà accadere anche che l' ipoteca sarà senza utile per lo effetto di ipoteche legale o giudiziaria che avessero avuto luogo prima che il debitore avesse fatto de' nuovi acquisti. Ma questi pericoli ed inconvenienti, che d' altronde si affiggono ad ogni ipoteca convenzionale, la quale può eziandio esser resa inefficace, malgrado la iscrizione, da una ipoteca generale ignorata, non potrebbero mutar la natura stessa delle cose, nè massime ampliar la legge creando un' ipoteca la quale, non essendo nè giudiziaria nè legale, avrebbe tuttavia il benefizio ed i vantaggi della generalità (2).

686. Dopo quanto abbiamo detto sulla condizione in cui deve rinchiudersi la stipulazione preveduta dal nostro articolo, sonovi due punti su'quali dobbiamo soffermarci: l' uno, che l' ipoteca, sebbene possa estendersi eventualmente su' beni futuri del debitore, non lascia di procedere dalla convenzione e rimane quindi ipoteca convenzionale; l' altro che, nel caso proposto, l' affezione de' beni futuri è puramente sussidiaria. Questi due punti, stabiliti già da tutto ciò che precede, implicano delle conseguenze che fa mestieri precisare.

687. Da un canto, dall' esser l' ipoteca *convenzionale* s' induce che la regola di riduzione fermata sia negli art. 2143 e seguenti (*supra*, n° 554), sia nello art. 2161 (*supra*, n° 600), non le è applicabile. « La modifica dell' ipoteca speciale, dice tuttavia il Grenier, la quale risulta dallo art. 2130, fa nascere l'idea di ravvicinare quest'ipoteca, in tal modo modificata, all' ipoteca giudiziaria, ed anche all' ipoteca legale, rispetto alle quali la riduzione è ammessa. Quando il debitore non può regolare egli stesso i limiti dell' ipoteca convenzionale, per effetto della influenza che il creditore esercita su di lui, è il caso d' invocare lo spirito dello art. 2161 (3). » Il Grenier ragiona su tal punto come se il progetto proposto dalla Corte di cassazione (*supra*, n. 685) fosse prevalso, ma la è altrimenti, e precisamente con lo art. 2161, a cui il Grenier rinvia, è stato il

(1) V. Fenet (t. XV, p. 464).

(2) Si è, del resto, la soluzione che prevale in dottrina ed in giurisprudenza. V. Corte di cassazione, 27 apr. 1810; Parigi, 25 febbr. 1835; 20 luglio 1836; 20 giug. 1846; Poitiers, 22 febbr 1844; Grenoble, 17 feb. 147 (Dev., 35, 2, 209; 45, 2, 212; 46, 1, 373, e 2, 333; 48, 2, 55). — V. pure Grenier (t. I, n° 63). Persil (art. 2130, n° 5 e 6), Tarrible (v° *Iscriz. ipot.* § 5, n° 12) Duranton, t. XIX, n° 379, Dalloz (Ip., p. 202, n° 8), Troplong (n° 510).

(3) V. Grenier (§. I, n° 63). — *Arrogi*, nello stesso senso, Tarrible (*Rep.*, v° Rad. d ip n° 12), Battur, (n° 700), Zachariae (t. II, p. 183, nota 5). Ma v. Dalloz (p. 436, n° 21), Troplong (n° 749, 772).

progetto rigettato nella parte che estendeva il principio di riduzione all' ipoteca consentita ne' termini del nostro articolo. Questa ipoteca, in fatti, tuttochè possa estendersi eccezionalmente a' beni futuri del debitore, non risulta nè dalla legge, nè da una sentenza; è ben dunque un' ipoteca *convenzionale*. Or lo art. 2161, fermando il principio della riduzione, dice formalmente che questo principio non è applicabile alle ipoteche *convenzionali*; e come non fa alcuna riserva, è ben forza ammettere che il divieto è assoluto e che colpisce l' ipoteca convenzionale, sia che si produca nel caso eccezionale dello art. 2130, sia che si produca nel caso normale dello art. 2129 (v. *supra*, n° 603).

688. D' altra parte, dall' essere l' affezione degli immobili futuri puramente sussidiaria, s' induce che colui che non avesse beni presenti da affettare principalmente non potrebbe offrire in pegno i suoi beni futuri. Si è questo pertanto un punto altamente contestato. In origine, come si è veduto al numero 680, erasi fatto un argomento contro la legge di questa impossibilità istessa; le si era rimproverato di mostrarsi ingiusta ed inconseguente, mercanteggiando così la sua benevolenza ed il suo soccorso, e ricusandoli precisamente a colui la cui posizione più imperiosamente li reclama. E poi, come malgrado questa critica, la disposizione è stata mantenuta, ciò che era stato una considerazione di legislazione è passato nella dottrina come una teorica di dritto; e dicesi oggi che, poichè la legge accorda a colui i cui immobili presenti sono insufficienti la facoltà d' ipotecare eventualmente i suoi beni futuri, con più ragione à dovuto voler concedere lo stesso favore a colui il quale, non avendo immobili presenti, à più che altri bisogno di far capitale, nello interesse del suo credito, degli immobili che potrà acquistare ulteriormente (1). A parer nostro, questa soluzione è contraria al sistema della legge. Innanzi tutto il testo del nostro articolo vi resiste assolutamente: esso parla di colui i cui immobili presenti *sono insufficienti*, e come la disposizione è eccezionale, non è permesso, per principio, di estenderla ad altro caso fuori quello che prevede. Poi, la restituzione della legge à la sua ragione e trova la sua spiegazione molto logica nel principio stesso della specialità dell' ipoteca convenzionale. Modificando questo principio, e ledendolo in una certa misura, il nostro articolo non vuole distruggerlo; vi si rallega precisamente mercè l' obbligazione che impone al debitore di aver de' beni presenti in una misura qualunque, de' beni che possono essere affetti immediatamente ed in un modo speciale, senza pregiudizio degli immobili futuri, che non sono offerti al creditore e non possono essere da lui accettati che come un supplemento di garenzia. In altri termini, anche nel caso del nostro articolo, l' affezione de' beni *presenti* costituisce il *principale*; ecco il contratto ipotecario; questi beni presenti appunto obbliga il debitore realmente. In quanto alla affezione degl' immobili *futuri*, è un puro *sussidiario*, una eventualità il cui risultato è incerto: e per tale ragione la nostra soluzione si trova pienamente giustificata, in quanto non si comprenderebbe come l' obbligazione *sussidiaria* fosse permessa a chi non à la possibilità di assumere l' obbligazione *principale* (2).

IV. — 689. Dopo di aver supposta la insufficienza degli immobili presenti al momento della costituzione d' ipoteca, il legislatore suppone che gl' immobili presenti essendo sufficienti a questo momento, o essendo stati accettati come tali dal creditore, sono periti dopo la formazione del contratto ipotecario o hanno sofferto delle degradazioni che li rendono insufficienti, ed alla stessa guisa che che lo art. 2130, nel primo caso, è venuto in aiuto al credito del debitore, con detrimento, in una certa misura, del principio della specialità, similmente lo art. 2131, nel secondo caso, viene in soccorso del creditore, in detrimento di questo stesso principio.

Qui, consultando solo il rigore del dritto, si sarebbe potuto dire che la specialità, il cui effetto precisamente, è di limitare l' ipoteca su di un immobile determinato, esige che il debitore, tosto che ha dato il pegno, sia considerato aver soddisfatto alla sua obbligazione *reale*, quale si sieno eventi mercè cui questo pegno venisse ulteriormente minorato o anche distrutto. Ma l' equità legislativa non permetteva che il creditore, il quale avea fatto dell' ipoteca la condizione del termine stipu-

(1) V. Besancon. 21 ag. 1811. — v. pure Grenier (t. 1, n. 65), Rolland de Villargues (v. Ip., n. 274), Troplong. (n. 838 *bis*

(2) V. Riom, 23 nov. 1830; Nancy. 16 ag. 1831; Caen, 26 luglio 1830, 21 feb. 1831, 4 apr. 1842; Lione. 12 dec. 1837, 9 apr. 1845; Dijon, 25 apr. 1855 (Dev., 42. 2, 399; 46, 2, 185; Dall., 55. 2, 218).— V. pure Persil Cart. 2130, n. 7, Delvincourt, (t. III, p. 538), Dalloz (p. 202, n. 10, Duranton (t. XIX, n. 335), Zachariae (t. II, p. 136). (Taulier (t. VII, p. 265).

lato, fosse abbandonato quando la garenzia reale sulla cui fede ha dato i suoi fondi gli manca o diviene insufficiente. Si è il pensiero dello art. 2131, il quale in conseguenza, ci dice che, « similmente, in caso che lo immobile o gli immobili presenti, soggetti all' ipoteca, fossero periti o avessero sofferto delle degradazioni, in guisa che fosser divenuti insufficienti per la sicurezza del creditore, costui potrà, o sperimentare sin da ora il suo rimborso, o ottenere un supplemento d'ipoteca. »

Su che dobbiamo precisare l' oggetto del nostro articolo sotto il triplice rapporto della ipotesi che prevede, del soccorso che offre al creditore, delle ipoteche in veduta delle quali dispone.

690. In quanto all' ipotesi della legge, è chiaramente fermata. Il nostro art. prende il contratto ipotecario nel suo oggetto stesso. Questo contratto manifesta dal canto del creditore la volontà di non seguir la fede del suo debitore; il creditore à voluto ed il debitore à dato una garenzia reale, una sicurezza che deve rispondere del debito fino al dì del pagamento. Questa sicurezza è la condizione stessa del termine accordato al debitore. Se adunque viene a sparire perchè lo immobile su cui poggiava è perito, o se non si mantiene intiera e completa a causa di degradazioni sofferte dallo immobile, il debitore deve pagare immediatamente, salvo che rimetta il creditore nella condizione primitiva dandogli nuove garenzie reali o completando quelle che restano. Tale è la ipotesi della legge, che in tal modo, suppone due cose su cui ci spiegheremo successivamente: l'una, che il ricupero del credito è sospeso dal benefizio del termine; l' altra, che durante la sospensione, l' ipoteca è divenuta inefficace con la perdita totale o parziale dello immobile su cui gravitava.

691. In quanto concerne la prima circostanza, si spiega da sè stessa. Se il ricupero del credito non è sospeso dal benefizio del termine; se, in luogo di ciò, abbiamo un credito esigibile o scaduto, è chiaro che non siamo nel caso del nostro articolo. Non sarebbe allora quistione di sostituire o di completare le sicurezze reali date originariamente con un contratto ipotecario a cui l' esigibilità del credito o la scadenza del termine ha messo in fine; non resta più che l'esecuzione da parte del creditore, salvo beninteso, il dritto per lui di citare il suo debitore, se v'à luogo, e di ottenere contro di lui una sentenza di condanna a cui si affiggerebbe l' ipoteca giudiziaria (*v. supra*, n. 594). Ciò è naturalissimo e non ci è d'uopo di insistervi. Additiamo pertanto una specie in cui il pensiere della legge era stato sin dal principio ben gravemente disconosciuto.—Nel 1846, L ... dà in prestito a C .... una somma di 37, 500 f., con interessi al 5 per 100, rimborsabile il 1° gennaio 1848, e stipola, come garenzia del rimborso, un ipoteca sulle parti e porzioni indivise appartenenti a C..., in alcuni immobili situati nel comune di Neuilly. Sopraggiunge la scadenza, ma niun pagamento aveva avuto luogo; e come dopo la scadenza gl' immobili gravati dalla ipoteca di L.... si trovaron sul punto di esser venduti ad istanza di altri creditori, quest' ultimo presentò questa minaccia di spossessamento come un fatto suscettivo di minorare il suo pegno e di renderlo insufficiente, e chiese una condanna all' uopo di acquistare un' ipoteca giudiziaria sugli altri immobili presenti e futuri del suo debitore. In questi termini, il creditore esercitava un' azione che era nel suo dritto; e quest' azione doveva essere accolta. Lo fu in fatti; ma come e su quali motivi? Il tribunale della Senna dichiarò « che il creditore che accetta per garenzia un' ipoteca speciale deve contentarsene perchè, se le convenzioni fan la legge delle parti, *questo principio riceve eccezione, ai termini dello articolo 2131, quando l' immobile o gl' immobili presenti soggetti all' ipoteca son periti, o àn sofferto degradazioni tali da non presentar più al creditore che una sicurezza insufficiente.* » Evidentemente la disposizione dello art. 2131 non poteva invocarsi più male a proposito, poichè il credito ond' era quistione nella lite era già *scaduto* al momento in cui era sopraggiunta la diminuzione del pegno. Nello stato, e quando il contratto ipotecario ebbe fine, salvo l' esecuzione di cui era suscettivo, bisognava lasciar da banda una disposizione la quale, precisamente, suppone sussistenti le cause del contratto, ed à per oggetto principale di offrire al debitore il mezzo di ristabilirne le condizioni accidentalmente distrutte dalla perdita o dalla diminuzione del pegno in considerazione del quale si è la convenzione formata. Ciò è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Parigi, la quale, statuendo sullo appello, si è attenuta a decidere che, quando gl' immobili specialmente affetti al rimborso di un credito non presentano più al creditore che delle cautele insufficienti, quest' ultimo può *non esigere un supplemento d'ipoteca ne' termini dello art. 2131, se il credito è scaduto*, ma ben ricorrere ad una condanna ipotecaria che

gli assicuri su tutt' i beni presenti o futuri del debitore l' esecuzione della sua obbligazione (1). In questi termini la decisione ci sembra d' un'esattezza perfetta; contiene una applicazione speciale dei principii che abbiamo poc' anzi esposti nel nostro commentario dello art. 2123 (*supra*, n. 594; v. pure n. 569), e su' quali non dobbiamo qui ritornare.

692. La seconda circostanza esige maggiori sviluppi. La legge suppone la *perdita* o la degradazione degli immobili che formano il pegno ipotecario. In questo caso appunto essa pone l' alternativa (su cui ritorneremo ben presto) tra il supplemento d' ipoteca o il rimborso immediato del credito. Ma quest' alternativa è essa aperta in tutt' i casi in cui il pegno ipotecario viene a perire o ad esser degradato nelle mani del debitore? La disposizione del nostro articolo divien forse applicabile in tutte le circostanze in cui il pegno non presenta una sicurezza sufficiente? No, al certo; e qui appunto dobbiamo precisare.

V' à innanzi tutto un primo punto da notare; gli è che il pegno ipotecario può perire o esser degradato sia pel fatto o per la colpa del debitore, sia senza suo fatto nè colpa di lui. Per esempio, Paolo à conferito ipoteca su di un bosco di alto fusto, e lo taglia; o su di una casa, e demolisce questa casa: evidentemente, è colpa di Paolo, in questo incontro, se il pegno ipotecario del suo creditore perisce o è scemato. Ma Paolo à ipotecato un campo, e delle parti notevoli di questo campo sono state tratte via dalla forza delle acque; à ipotecato un edifizio, ed il fuoco del cielo distrugge questo edifizio in tutto, o in parte: qui, il caso fortuito o la forza maggiore cagionano la perdita o la deteriorazione del pegno ipotecario, e Paolo non v'à colpa alcuna. Il nostro articolo à forse in veduta le due ipotesi? No, la prima è regolata da una disposizione speciale che quella del nostro articolo non affievolisce in alcun modo. Questa disposizione speciale si è quella dello art. 1188, secondo cui « il debitore *non può più reclamare il beneficio del termine* quando è fallito, o quando, *pel fatto suo*, à scemato le sicurezze che aveva date, col contratto, al suo creditore. » Pertanto, in tutt' i casi in cui la perdita, o la diminuzione del pegno sarà imputabile al debitore, costui potrà essere astretto al rimborso immediatamente. Certo, il creditore, se lo vuole, domanderà un supplemento di garenzia o si contenterà di questo supplemento se gli viene offerto dal debitore; ma ciò è puramente facoltativo: se il creditore usa del dritto che à di domandare il suo rimborso immediato, bisognerà che il debitore adempia, tuttochè *scemato* il pegno fosse ancora bastevole per la sicurezza del debitore, perchè pel *fatto suo* à il debitore perduto il beneficio del termine; perchè basta la *diminuzione* del pegno per far incorrere la scadenza del termine; perchè infine questa scadenza è una *pena* che colpisce il debitore, e deve colpirlo sol perchè ha pel fatto suo manomesso, in una proporzione qualunque, le sicurezze che aveva date. Così vuole lo art. 1188; ed il nostro art. 2131 non è punto nè poco scritto per tal caso. Resta dunque la seconda ipotesi, quella in cui la perdita del pegno o le degradazioni che ha sperimentate sono avvenute senza il fatto nè la colpa del debitore. Precisamente questa ipotesi prevede il nostro articolo, la cui disposizione si concilia con quella dello art. 1188.

693. Ma non è tutto ancora: anche in questo limite, ogni diminuzione delle sicurezze ipotecarie non dà luogo all' applicazione del nostro articolo; è uopo, perchè l'ipotesi della legge si effettui: 1° che la diminuzione delle sicurezze proceda da una perdita o da una degradazione materiale del pegno ipotecario; 2° che questo pegno sia divenuto insufficiente dopo la formazione del contratto; 3° che la insufficienza sia il risultato di eventi che il creditore non ha dovuto prevedere.

Pertanto, in primo luogo, è mestieri che si tratti di una perdita o di una degradazione materiale. Adunque, il nostro articolo non si applicherebbe, se la diminuzione delle sicurezze provvenisse da cambiamenti o da modifiche avvenute nelle condizioni di località e in tali altre circostanze che togliessero allo immobile un valore più o meno considerevole. Per esempio, io vi ò dato ipoteca su di una casa la quale, a cagione della sua situazione, valeva 50.000 franchi; ma la strada su cui questa casa era edificata ò soppressa, e la mia casa non vale più di 30,000 franchi; voi non avrete il dritto d'invocare la disposizione del nostro articolo, ancorchè il credito che avete su di me fosse superiore a quest' ultimo valore di 30,000 franchi. V'à indubitatamente in ciò una depreziazione del pegno; ma questo pegno rimane fisicamente lo stesso; non è perito e non è degradato; or, la ipotesi preveduta dal nostro articolo è quella della perdita o della degradazione del pegno ipotecario.

In secondo luogo, è uopo che le sicurezze reali sien divenute insufficienti dopo la formazione del contratto ipotecario. È ben

(1) Parigi, 6 apr. 1850, (I. P. 1850, 1 I, p. 595).

chiaro, in fatti, che se sin dall' origine voi avete accettata un' ipoteca su di un immobile il cui valore era inferiore allo ammontare del credito per la sicurezza del quale erasi questa ipoteca stipulata, non avete nè reclami nè doglianze da elevare, chè la posizione è, e rimane esattamente quella che avete voluto che fosse. Tuttavia, sembra risultare da un arresto della Corte di Riom, che il creditore il quale scovre che le cautele a lui date, e di cui è stato contento, sono realmente insufficienti, può domandare il suo rimborso, ancorchè l' insufficienza esistesse fin dall' epoca del contratto ed il debitore non abbia nulla fatto dopo il contratto per iscemare il pegno del suo debito (1). Delle circostanze rimaste ignote spiegherebbero indubitatamente lo arresto: senza di ciò, la decisione ne è manifestamente erronea. Quand' anche la insufficienza fosse stata scoverta dal creditore sol dopo la formazione del contratto, basterebbe che fosse realmente esistita al momento in cui si è formato il contratto perchè ogni regresso dovess' essere interdetto al creditore. Il pensiere contrario che sembra esprimere lo arresto è contraddetto da' termini stessi del nostro articolo il quale parla del caso in cui lo immobile soggetto all' ipoteca fosse perito o avesse sofferto delle degradazioni, in guisa che *fosse divenuto* insufficiente, e che con ciò indica chiaramente che la condizione a cui è subordinato lo esercizio dell' azione offerta al creditore è l' insufficienza sopraggiunta dopo la formazione del contratto ipotecario.

In terzo luogo, infine, è mestieri che la insufficienza delle cautele sia il risultato di eventi che il creditore non doveva prevedere. In fatti, se la diminuzione delle cautele sopraggiunta dopo la formazione del contratto è stata il risultato di fatti o di eventi che dovevano necessariamente entrare nelle previsioni del creditore, costui non à a dolersi, e non potrà tampoco, in questo caso, ricorrere alla disposizione del nostro articolo. — Per esempio, io vi ò conferito ipoteca su di un bosco o su di una miniera, so i tagli ordinarii di legname o delle estrazioni di minerali che scemano il vostro pegno in guisa da renderlo insufficiente: voi non avete a reclamare, chè avete dovuto prevedere, accettando l' ipoteca, che io conservava intiero il dritto di tagliare il mio bosco o di estrarre dalla mia miniera e di percepirne i frutti. — Per esempio ancora, io aveva sullo immobile che vi ò dato in ipoteca un dritto di proprietà sospeso da una condizione; ovvero eziandio, lo immobile su cui avete preso iscrizione era gravato nelle mie mani della clausola di ricompra che aveva stipulata il mio venditore, ed è accaduto, dopo che si è formato tra noi il contratto, o che la condizione sotto cui io era proprietario è mancata, o che il mio venditore à usato del patto di ricompra che aveva stipulato: voi avete perduto il vostro pegno ipotecario, e non avete tuttavia il beneficio del nostro articolo, perchè avete saputo che, proprietario sotto una condizione sospensiva o risolutoria, io non aveva potuto consentire se non un'ipoteca sottomessa alle stesse condizioni (v. *supra*, art. 2125, ed il nostro commentario), e voi avete necessariamente dovuto prevedere che la condizione potrebbe volgere contro il mio dritto, e togliervi il vostro pegno. La Corte di Caen à deciso esattissimamente in questo senso che, quando per effetto di una licitazione tra coeredi alcuni di essi si son resi aggiudicatarii degli immobili della successione, il creditore che aveva un' ipoteca sulla parte indivisa del coerede non aggiudicatario non è ammesso ad invocare il beneficio dello art. 2131 (2).

In definitiva adunque la ipotesi del nostro articolo è quella di un fatto accidentale il quale, sopraggiunto dopo la convenzione d'ipoteca, ma impreveduto al momento in cui questa convenzione si è formata, produce la perdita dello immobile o degli immobili ipotecati, o li degrada in maniera che divengono insufficienti per la sicurezza del creditore. Pertanto, un' ipoteca è consentita su di un bosco, su di una casa, su di un campo, il cui valore è sufficiente per assicurare il rimborso del creditore: il bosco è incendiato, la casa crolla, il campo è occupato dalle acque, ed il pegno ipotecario perisce in tutto o in parte per lo effetto de questi accidenti; ecco l' ipoteca del nostro articolo: in questi casi appunto e ne' casi analoghi offre esso al creditore l' azione che bentosto preciseremo.

694. Innanzi tutto diciamo qualche cosa di una specie particolare di cui la giurisprudenza e la dottrina si sono preoccupate: intendiam parlare del caso in cui essendo stati degli immobili ipotecati, il debitore ne à indi consentita l' alienazione totale o parziale. La quistione non può esser qui di sapere se lo art. 2131 è o no applicabile; chè

(1) Riom, 24 ag. 1819. — Arrogi: Persil (Reg. ip. art. 2131, n. 5.).

(2) V. Caen, 25 feb. 1837 (Dev., 37, 2, 154).

pel fatto del debitore l' immobile o gli immobili su' quali aveva consentito l' ipoteca del credito sono usciti dalle sue mani, or, abbiamo testè detto che il nostro articolo è riservato pel caso di perdita o di degradazione operate per caso fortuito o per forza maggiore (*supra*, n° 690). La nostra specie entrerebbe dunque piuttosto nelle previsioni dello art. 1188 del Codice Napoleone. Vi rientra dunque in effetti, e questo ultimo articolo, di cui abbiamo rammentato (*ivi*) la disposizione ed il valore, è esso realmente applicabile? È uopo distinguere.

Se la vendita consentita dal debitore dopo la costituzione d' ipoteca à avuto per oggetto la totalità degli immobili ipotecati, che fossero stati venduti per un solo e medesimo prezzo, non v' à motivo per far decadere il debitore dal benefizio del termine, chè l'ipoteca che avea consentita non lo privava del dritto di alienare. Da un' altra banda, come l' ipoteca segue gl' immobili ipotecati ovunque essi passino, non v' à tampoco motivo perchè il creditore sia investito del dritto di reclamare dal debitore il suo rimborso immediato. Si è la soluzione che suppone lo art. 2167 quando dice che il terzo detentore che rimane, pel solo fatto delle iscrizioni, obbligato come detentore a tutt' i debiti ipotecarii, *gode de' termini accordati al debitore originario* (V. più giù il commentario di questo articolo).

Se la vendita à avuto per oggetto solo una parte degli immobili ipotecati, ci pronunceremo nello stesso senso (chè le ragioni di decidere sarebbero le stesse), nel caso in cui la porzione venduta procurasse un prezzo bastevole per covrire, in principale ed accessorii, il credito alla cui sicurezza lo immobile era stato ipotecato. Ma, se altrimenti fosse, lo art. 1188 sarebbe applicabile, ed il creditore, a parer nostro, potrebbe chiedere contro il suo debitore la decadenza del termine, ma soltanto nel caso in cui lo acquirente avesse operato la purgazione dell' ipoteca. Qui la ragione di decidere si trova nella indivisibilità della ipoteca (v. *supra*, n° 330 e seg., e massime il n° 335). Questo principio della indivisibilità non permette che il creditore possa essere astretto a ricevere il suo pagamento per parti: or vi sarebbe astretto nel caso particolare, salvo di esporsi a perdere ad un tempo ogni diritto sul prezzo e sulla cosa, per non essersi presentato all'ordine aperto in seguito della surrogazione, sul prezzo dello immobile alienato: laonde la giurisprudenza ammette che, sin dallo istante della purgazione, nel caso proposto, il creditore può avvalersi dello art. 1188 del Codice Napoleone, ed obbligaro il suo debitore a rimborsargli immediatamente il suo credito (1). La giurisprudenza va più oltre ancora. Essa decide che questo dritto esiste a favore del creditore, pel solo fatto dell' alienazione parziale degl' immobili ipotecati, a partire dalla vendita, e prima che lo acquirente si sia messo in grado di purgare. Questa è almeno la giurisprudenza dominante, la quale si fonda sull' essere il creditore, sin dallo istante della vendita, esposto a ricevere un pagamento parziale, il che costituisce legalmente una diminuzione delle cautele risultanti dall' ipoteca (2). Noi non crediamo che si debba andare tant' oltre, e diciamo col Toullier, la cui dottrina è d' altronde seguita dalla maggioranza degli autori, che non sulla semplice possibilità di vedere le sue cautele scemate trova il creditore nell' art. 1188 il dritto di domandare la decadenza del termine accordato al suo debitore, ma sul fatto ancora della diminuzione di tali cautele (3).

695. Dopo questa escursione sul dominio dello art. 1188, ritorniamo al nostro art. 2131, e passiamo al secondo punto dello nostre osservazioni, che è la determinazione precisa del soccorso offerto da questo articolo al creditore nel caso che prevede.

A qual riguardo rammentiamo che nel pensiere del nostro articolo, il fatto che à distrutto o minorato il pegno ipotecario in guisa da renderlo insufficiente per la sicurezza del creditore, non è imputabile al debitore. Posto ciò, non v' à qui da parlare della *decadenza del termine*, come nel caso dello art. 1188: laonde il nostro articolo non ne parla punto. Ma lo si accusa di mancar di esattezza in questa frase: « Il creditore potrà domandare sin da ora il suo rimborso, o ottenere un supplemento d'ipoteca. » Si è preteso farne risultare che il creditore avrebbe la scelta tra i duo partiti indicati dalla legge, cioè: il rimborso immediato o il supplemento d' ipoteca; e che, in questo caso come in quello dello articolo 1188, il debitore non avrebbe alcun mezzo di resistere all' azione di rimborso, una

(1) Rig., 9 gen. 1810; Angers, 28 febbraio 1822; Poitiers, 13 gen. 1830.
(2) Cass., 4 maggio 1812; Parigi, 21 gennaio 1814; Poitiers, 11 giugno 1819 e 28 dec. 1831; Pau 23 apr. 1834 (Dev., 32, 2, 636; 35, 2, 110).

(3) V. Toullier (t. VI, n. 657), Delvincourt (t. II, p. 492), Duranton (t. XI, n. 126 e seg. e t. XXI, n. 384), Troplong (n. 544)—*Arrogi*: Parigi 11 febb. 1815—V. pure Douai, 16 giu. 1847 (Dall., 49, 2, 246).

volta che il creditore l'avesse intentata. Ma era un mal intender la legge l'interpretarla in questo senso: essa non à voluto che il debitore fosse necessariamente decaduto dal benefizio del termine, quando il pegno ipotecario è perito o è stato degradato per caso fortuito o per forza maggiore; al contrario, fa intendere chiaramente che se, in questo caso, il creditore può domandare il rimborso immediato del suo credito, spetta sempre al debitore di arrestar l'azione tendente al rimborso, offrendo di completare l'insufficienza del pegno ipotecario con un supplemento d'ipoteca, e che questo supplemento, una volta offerto, non potrà esser ricusato, purchè d'altronde procuri delle sicurezze evidentemente sufficienti. Pertanto la scelta, nell'alternativa posta dal nostro articolo, si appartiene tanto al debitore che à la facoltà di offrire un supplemento d'ipoteca, sia principalmente prima di ogni domanda, sia per eccezione alla domanda di pagamento, quanto al creditore che domanderà quasi sempre il rimborso immediato. Tal è il pensiere del nostro articolo (1); senza motivo, e sotto pretesto di renderlo più preciso e più chiaro, i progetti di riforma preparati nel 1841 ne proponevano una redazione modificata (2).

696. Ciò posto, v'à qualche punto a notare nelle applicazioni diverse di cui la legge è suscettiva.

Paolo à affettato ipotecariamente la sua casa di Versailles a Pietro, per sicurezza di una somma di 20,000 fr. che questi aveva prestata per dieci anni, da scadere il 1° gennaio 1858. Ma un incendio manifestatosi in gennaio 1856 à distrutta la casa ipotecata, e Pietro, che si trova privato del suo pegno, reclama il rimborso immediato del suo credito e cita Paolo a tal uopo. In questa situazione, se Paolo, avendo altri immobili, offre di costituirvi una ipoteca e di rendere a Pietro le cautele che gli dava l'ipoteca della casa incendiata, costui deve desistere dalla sua azione, ed accettare questo nuovo pegno per sicurezza di un debito che non è scaduto ancora e non deve scadere che fra due anni, ed il cui pagamento non può quindi essere immediatamente richiesto da un debitore che non à alcuna colpa per perdere il benefizio del termine. Il solo punto da notar qui, è che l'ipoteca data a Pietro non rinnonta al dì in cui era stata costituita quella di cui era gravata la casa di Versailles; è un'ipoteca nuova, e se s'infrange il principio della specialità, in quanto il medesimo debito viene a trovarsi gareutito da un immobile diverso da quello su cui l'ipoteca era stata in prima assegnata, la eccezione non va più oltre e non permette segnatamente che l'ipoteca sia trasferita da un immobile all'altro senza soluzione di continuità: gli è dunque una nuova ipoteca, che non avrà grado su questo secondo immobile se non dal dì della iscrizione presa dal creditore (3).

697. Ma nella stessa ipotesi, Paolo aveva, indipendentemente dalla sua casa di Versailles, altri immobili che non vorrebbe obbligare, e non offre una nuova ipoteca; ovvero ancora non à altri immobili su cui possa offrire di riportare l'ipoteca; ovvero infine gli immobili che à sono di un valore insufficiente per la sicurezza del credito di Pietro. In tutte queste situazioni, costui potrà sperimentare la sua azione di rimborso immediato ed ottenere una sentenza di condanna. Ei non v'à, in effetti, distinzione a fare tra il caso in cui il debitore si astiene dall'offrire il supplemento d'ipoteca, tuttochè abbia degl'immobili da gravare, e quello in cui la mancanza di offerta proviene dal non avere il debitore immobili su cui possa l'ipoteca esser trasferita. In ambo i casi, il creditore si trova senza la garenzia in considerazione della quale aveva accordato termine al debitore; e tosto che costui non vuole o non può dare un'altra garenzia che sostituisca quella che più non esiste, cessa di essere nella condizione che gli dava il benefizio del termine, e deve rimborsare immediatamente; ai è l'alternativa fermata dal contratto e consacrata dalla legge.

Noi non faremmo eccezione neppure nel

(1) V. Persil (art. 2131 n. 1 e 2) Dalloz (*Rep.*, v° *Ip.*, p. 263, n° 17), Duranton (t. XX, n. 350), Zachariae (t. II, p. 205 e nota 11).

(2) La Facoltà di diritto di Caen, s'ppatutto, proponeva di dire: « Se gl'immobili affetti all'ipoteca son periti, o àn sofferto delle degradazioni tal da esser divenuti insufficienti per la sicurezza del creditore, à questi il dritto di reclamar il rimborso del suo credito; *nullameno, se la perdita o le degradazioni ànno avuto luogo senza colpa del debitore, costui sarà ammesso ad offrire un supplemento d'ipoteca* » (*Doc. ip.*, t. III, p. 343); modifica inutile e malaugurata, chè avrebbe fatto supporre che la prima parte dello art. 2131 si applichi al caso di colpa come al caso fortuito, contrariamente al suo vero significato. In questo senso è tuttavia tal punto fissato ora nel Belgio dalla legge del 16 decembre 1851, la quale riproduce nel suo art. 79 la redazione proposta in Francia dalla Facoltà di Caen. V. Delebecque (*Comm. leg.*, p. 285), Martou (t. III, p. 105).

(3) V. Grenier (n° 61), Persil (art. 2131, n° 6), Troplong (n° 545), Martou (n° 1012).

caso in cui il debitore, avendo degli immobili insufficienti, si rallegasse allo art. 2130 ed offrisse di affettare un immobile in luogo di quello che è perito e di consentire che ciascuno de' beni che acquisterà in seguito rimanga affetto al credito. Lo art. 2130 regola una situazione particolare, quella in cui i beni presenti *al momento della costituzione d' ipoteca sono insufficienti per la sicurezza del credito*. La ipotesi del nostro art. 2131 è tutta differente, chè suppone che i beni presenti, al momento della costituzione d'ipoteca, *davano al creditore una sicurezza completa*; e, nello spirito di questo articolo, il debitore non può essere esonerato, dopo la distruzione o la degradazione del pegno, dalla necessità di rimborsare immediatamente che sol quando rende al creditore una sicurezza *equivalente* a quella che aveagli in prima data, e *completa* come lo era al tempo della formazione del contratto.

Il creditore potrà dunque, in tutti questi casi, sperimentare la sua azione di rimborso ed ottenere una sentenza di condanna che costituirà un nuovo titolo, di natura differente da quello mercè cui era stata l' ipoteca originariamente conferita, e sostituirà all' ipoteca convenzionale del creditore un' ipoteca giudiziaria, la quale, purchè sia scritta, colpirà la generalità degli immobili presenti e futuri del debitore, tuttochè il titolo sostituito con la sentenza avesse limitata l'ipoteca ad un solo o a più immobili specialmente affetti. Si è l'applicazione dei principii esposti più innanti (v. n° 591).

698. Dopo queste osservazioni, veniamo a qualche caso particolare e speciale che è importante conoscere.

Supponiamo che Paolo à conferito a Pietro un'ipoteca sulla sua casa di Parigi per sicurezza di una somma di 20,000 fr. esigibile al mese di gennaio 1860. Ma in gennaio 1857, Paolo è espropriato per causa di utilità pubblica; ovvero la sua casa è incendiata, ed ottiene, o dallo Stato a titolo d'indennità di espropria, o da una compagnia a titolo d'indennità di assicurazione, una somma di 100,000 fr. Questa somma potrà essa esser riscossa da Paolo? E costui, usando del benefizio del termine, potrà mai esigere da Pietro, il quale domandasse di esser pagato sulla indennità, che accetti una nuova ipoteca in luogo di quella che teneva dal contratto originario? È uopo far distinzione.

Il caso di espropriazione per causa di utilità pubblica è regolato in termini precisi dallo art. 18 della legge speciale del 3 maggio 1841. Secondo questo articolo « le azioni di risoluzione, di revindica *e qualunque altra azione reale*, non potranno arrestare la espropriazione nè impedirne lo effetto. Il dritto de' reclamanti sarà trasferito sul prezzo, e lo immobile ne rimarrà libero. » Pertanto, il dritto reale risultante dall'ipoteca passa dalla cosa sul prezzo, e sen impossessa con lo stesso potere onde s'era impossessato della cosa, e questo prezzo è attribuito a creditori iscritti, senza che il debitore possa opporvisi in alcun modo. In altri termini, la indennità è sostituita allo immobile, ne è realmente il prezzo; e poichè questo prezzo è così realizzato, dev'esser distribuito per ordine d'ipoteca, a'creditori iscritti, nella stessa guisa che sarebbe distribuito, sia il prezzo che il debitore avesse ottenuto nel caso di vendita liberamente consentita, sia il prezzo di un'aggiudicazione su sequestro (1).

Questo punto è stato messo in quistione nel Belgio, ove tuttavia la legge speciale sulla espropriazione contiene una disposizione identica a quella dello articolo di sopra riprodotto della nostra legge Francese (legge del 17 aprile 1835, art. 21); la Corte di Liegi aveva anzi considerata come talmente assoluta la regola fermata dallo art. 2131, che aveva ammesso un debitore espropriato ad invocare il benefizio del termine, e ad impedire al suo creditore di vendicarsi sulla indennità di espropriazione, astringendolo a ricevere un'altra ipoteca in luogo di quella di cui l'espropriazione l'aveva privato. Ma sul ricorso dei questo arresto è stato l'oggetto la Corte di cassazione Belgica à giustissimamente considerato che la disposizione della legge precitata «è generale ed à per effetto di sostituire la indennità allo immobile espropriato, di far passare questo nelle mani del Governo, libero da ogni onere, e di conferire a tutti coloro che aveano delle azioni reali da esercitare sullo immobile, e quindi ancora a'creditori privilegiati ed ipotecarii, il dritto di sperimentare il ricupero de'loro crediti su questa indennità...; » e, per conseguenza, la Corte à annullato lo arresto impugnato innanzi di essa, in quanto questo arresto aveva fatta una falsa applicazione dello art. 2131 del Codice Napoleone, e violato lo articolo precitato della legge speciale, « auto-

(1) Si trova, in materia d' indennità d' emigrato, una disposizione analoga a quella dello art. 18 della legge sulla espropriazione, nella legge del 27 aprile 1825, il cui art. 18 dice espressamente che «...i creditori eserciteranno i loro dritti secondo il grado de'privilegi ed ipoteche che avevano sugli immobili confiscati... »

rizzando il debitore a conservare la indennità per intiero e ad astringere il suo creditore a contentarsi di una nuova ipoteca (1). »

Ma non si può dire egualmente della indennità pagata da una compagnia di assicurazioni al proprietario d' un immobile incendiato chè sia il prezzo di acquisto dello immobile, chè questo immobile è perito: l'indennità è piuttosto la esibizione o lo equivalente del premio pagato dal proprietario e che è la condizione stessa del contratto di assicurazione. Or, una volta che questo valore puramente mobiliaro non può considerarsi come surrogato allo immobile che era stato l'oggetto dell' assicurazione, ne segue che non deve ricevere l'impronta dell' ipoteca di cui questo immobile era gravato. Risulta pertanto da taluni arresti che il prezzo di assicurazione sarebbe il pegno de' creditori ipotecarii, e dovrebbe esser loro distribuito per ordine d' ipoteca, in esclusione dei creditori chirografari, o almeno in preferenza di questi ultimi creditori (2). Forse sarebbe desiderabile e logico che così fosse; chè infine i chirografarii, come dicono gli arresti a cui facciamo allusione non avevan nulla a pretendere sullo immobile perito; e poichè questo immobile era il pegno degli ipotecarii, sarebbe naturale attribuir loro in preferenza di una indennità la quale, se non è il prezzo propriamente detto della cosa, sostituisce almeno la cosa dopo la sua distruzione. — In questo pensiero appunto erano stati redatti i progetti della riforma che si elaborava di recente, in questo pensiere il quale, esagerato anzi in origine in quanto le compagnie di assicurazione erano poste esattamente, dopo il sinistro, nella stessa posizione de' terzi acquirenti di immobili gravati d' ipoteca (3), era stato indi temperato per effetto della discussione, in quanto il principio era finito coll' esser fermato sotto questa riserva, « che la indennità non sarebbe applicata dallo assicuranto conformemente alle clausole del contratto, alla ricostruzione, alla riparazione o al rimborso degli oggetti assicurati (4). » Checchè ne sia, non v' à nulla di simile nè di analogo nella legge attuale; è uopo dunque attenersi a' principii. Or, il ripetiamo, l' indennità di assicurazione non può essere assimilata al prezzo di vendita, sotto il rapporto che ci occupa. Che il prezzo sia distribuito per ordine d' ipoteca, ciò si comprende, poichè è realmente la rappresentazione dello immobile gravato, il quale continua ad esistere. Ma non tornerebbe agevole lo spiegarsi, salvo una disposizione espressa che lo permettesse, la distribuzione per ordine d' ipoteca della indennità di assicurazione; chè, dopo il disastro che à distrutta la cosa, sarebbe un far rivivere il dritto di preferenza che è precisamente il dritto essenziale risultante dall' ipoteca, contrariamente ad una disposizione positiva della legge, dalla quale risulta che l'ipoteca si estinge assolutamente, senza eccezione nè riserva, con la perdita della cosa (v. *infra*, art. 2180, ed il commentario di questo art.); laonde il sistema degli arresti a cui facevamo testè allusione non è prevalso; la giurisprudenza dominante, di accordo in ciò con la dottrina, ritiene oggi che la indennità di assicurazione di un immobile ipotecato appartiene allo assicurato o dev' esser devoluta a tutt' i suoi creditori senza distinzione tra' chirografarii e gl' ipotecarii (5), e questa giurisprudenza è stata estesa (con ragione, poichè i motivi di decidere sono gli stessi) ad ogni indennità dovuta da terzi a causa della perdita o della deteriorazione dell' oggetto gravato di privilegio o d' ipoteca, o a qualunque somma da restituire per effetto dello esercizio delle azioni di revindica o di risoluzione (6)—In

(1) Questo arresto della Corte di cassazione Belgica è del 26 agosto 1850; è riprodotto da Marton (t. III, n. 1009), che ne approva la decisione ed i motivi.

(2) V. soprattutto Colmar, 25 ag. 1826; Rouen, 27 dec. 18.8.

(3) Si era il progetto presentato dalla commissione istituita, nel 1849, dal Governo. Questa commissione dopo di aver fermato per principio la estinzione del privilegio e della ipoteca con la perdita o con la distruzione della cosa, aggiungeva che « il valore di ciò che può rimanere della cosa come delle indennità dovute al proprietario, sarebbe affetto al pagamento dei crediti privilegiati ed ipotecarii, secondo il grado di ciascuno di essi » (Rapp. del Persil, p. 215).

(4) Si erano i termini del progetto preparato nel 1851 per la terza deliberazione dell' Assemblea legislativa (art. 2091 e 2191 di questo progetto). Noi rinveniamo questi termini nella legge belgica del 16 dicembre 1851, il cui art. 10 dice: « Quando un immobile de' ricolti o degli effetti mobiliari saranno stati assicurati, sia contro lo incendio, sia contro tutt' altro flagello, la somma la quale, in caso di disgrazia, si troverà dovuta dall' assicurante, dovrà se non è da lui applicata alla riparazione dell' oggetto assicurato, essere affetta al pagamento dei crediti privilegiati o ipotecarii, secondo il grado di ciascuno di essi. » V. Delebecque (Comm. legis., p. 80), Martou (t. I, p. 261).—V. pure su di ciò i Rapporti del Bethmont (p. 124) e del Vatimesnil (p. 18 e 59), ed i Doc. ip. del 1844 (t. III, p. 238, 245, 246 e seg., 241, 252, 256).

(5) V. soprattutto Cas., 28 giu. 1831; Grenoble, 27 febbr. 1834 (Dev., 31, 1, 291; 34, 2, 367.) *Arrogi*; Duranton (t. XX n. 328), Alauzet *Delle Assic.*, t. 1, n. 145), Troplong (n. 390).

(6) V. Bourges, 1. febb. 1834; Poitiers, 26 febb.

questo stato della legge, della dottrina e della giurisprudenza bisogna dunque dire sulla nostra quistione, che il debitore indennizzato, ne' termini che abbiamo testè indicati, della perdita della cosa, à pur sempre il dritto di invocare il beneficio del nostro art. 2131, e che, citato pel rimborso immediato, può arrestar l'azione offrendo un' altra ipoteca in luogo di quella data col contratto originario.

699. Un ultimo punto ci rimane a precisare. Dobbiamo domandarci se ogni ipoteca indistintamente dà dritto al creditore di agire ne' termini del nostro articolo.

Su di ciò si può dire, *in tesi generale*, che il nostro articolo dispone in veduta dell' ipoteca convenzionale. Ciò emerge dal posto istesso che occupa nel Codice, poichè è scritto sotto la rubrica dell' ipoteca convenzionale. E ciò s' induce dall'oggetto stesso della legge. Essa à voluto che il creditore, se non è rimborsato immediatamente, in un caso in cui delle sicurezze speciali determinate, e sulle quali doveva contare secondo il contratto, sono perite o sono divenute insufficienti per forza maggiore o per caso fortuito, ottenga almeno altre sicurezze eguali, o equivalenti. Or, in tesi generale, ciò s' intende del caso in cui il creditore à un' ipoteca convenzionale, la quale è speciale, e determina, limitandola, la sicurezza stessa su cui à dritto di contare, e non del caso in cui il creditore è portatore d' un'ipoteca legale o giudiziaria, le quali sono generali e danno per pegno al creditore, non il tale o tal altro immobile determinato, ma tutta la fortuna immobiliare del debitore, tutt' i suoi immobili presenti e futuri, in qualunque stato siano e qualunque ne sia la consistenza al momento in cui il creditore eserciterà il dritto risultante dalla sua ipoteca. Ecco la regola generale.

700. Ma tuttavia sonovi de' casi in cui delle ipoteche, tuttochè legali o giudiziarie, nel loro principio, permetteranno al creditore d' invocare la disposizione del nostro articolo, ed altri casi, all'opposto, in cui l'ipoteca, sebbene convenzionale nella sua costituzione, non ne riceverà l'applicazione in un modo completo.

Noi alloghiamo nel primo caso le ipoteche legali quando sono state ristrette per applicazione degli art. 2140 e seguenti, spiegati più innanzi (v. *supra*, n. 512 e seg.), e le ipoteche giudiziarie quando le iscrizioni sono state ridotte a' termini degli art. 2161 e seguenti, egualmente spiegati (v. n. 600). A dir vero ancora, queste applicazioni del nostro articolo rientrano nella tesi generale, chè, in questi casi, come abbiamo spiegato (*ivi*), le ipoteche, tuttochè legali o giudiziarie nel loro principio, sono state in qualche guisa specializzate dalla convenzione o dalla sentenza che ne à ridotto gli effetti. Ciò risponde all' obbiezione presentata da taluni autori, i quali, combattendo la nostra soluzione, si fondano esclusivamente sull' essere lo art. 2131 posto sotto la rubrica delle ipoteche convenzionali (1).

Si comprende che l' obbligazione sparisce e si annulla in presenza di una convenzione la quale, ritirando all' ipoteca primitivamente generale il suo carattere di generalità, la riduce alle condizioni della ipoteca convenzionale. Allora è uopo dire che l'ipoteca legale o giudiziaria così ristretta essendo destinata, come l' ipoteca convenzionale stipulata, a procurare una sicurezza sufficiente ne' dritti da conservare, si trova, com' essa, suscettiva d' un supplemento ne' casi determinati dal nostro articolo (v. *supra*, n. 552 556, 557, 603). Sono questi i termini di un arresto con cui la Corte di Rouen consacra la nostra soluzione la quale del resto è ammessa dalla generalità degli autori (2).

Poniamo nel secondo caso l' ipoteca convenzionale consentita ne' termini dello articolo 2130, almeno quando la perdita o le degradazioni suscettive di rendere il pegno insufficiente riflettono i beni acquisiti dopo la costituzione d' ipoteca. Siccome abbiamo spiegato poc' anzi (v. n. 680), anche nel caso dello art. 2130, l' affezione de' beni presenti costituisce il contratto ipotecario; questi sono i beni che il debitore obbliga principalmente, i soli su cui il creditore possa e debba contare; in quanto a' beni futuri, sono offerti ed accettati sussidiariamente come una eventualità che si effettuirà o non si effettuirà, e su cui, il creditore non può quindi contare in alcun modo.

Secondo ciò si comprende che se il debitore, dopo di aver affettato co' beni insufficienti che aveva al momento della costitu-

1839; Cass., 22 ag. 1842; Orleans 5 mar. 1853 (Dev 31, 2, 253; 39, 2, 478, 1, 821, Dall 53, 2, 341).

(1) V. Mourlon (*Rip. scrit.*, t. III, p. 476), Duranton (t. XIX, n. 381).

(2) V. Rouen, 6 luglio 1840 (Dev., 40, 1,537). — Arrogi: Grenier (n. 268), Delvincourt (§ III, p. 537). Persil (art. 2140, n. 6), Dalloz (Rep. v. Ip. p. 434, n. 7) Duranton (§ XX, n. 59), Troplong. (n. 544).

zione d' ipoteca ciascuno de' beni che potrebbe acquistare ulteriormente, acquista in effetti degli immobili che vengono indi a perire o a soffrire delle degradazioni senza sua colpa, il creditore non avrà il dritto, consacrato dal nostro articolo, di chiedere fin da ora il suo rimborso, ed il debitore non avrebbe d' uopo di offrire un supplemento d'ipoteca per arrestar l' azione. E di ciò, v' à in prima una ragione di testo, chè il nostro articolo dice positivamente che l' azione è aperta nel caso in cui gl' immobili *presenti* soggetti all' ipoteca fossero periti o avessero sofferto delle degradazioni. V' à indi un' altra ragione che indica il semplice buon senso: quella che il creditore non può dire che la sua posizione sia mutata, nel caso supposto, perchè gli si era data ipoteca, non sul tale o tal altro bene determinato, ma su cose future che il debitore poteva acquistare o non acquistare. Certo, se il debitore non avesse nulla acquistato, il creditore non avrebbe potuto anticipare il termine per domandare il suo rimborso. Or la situazione è la stessa quando avendo il debitore acquistato degl' immobili dopo la costituzione d' ipoteca, accade che questi immobili gli son tolti in tutto o in parte per forza maggiore o per caso fortuito; il creditore si ritrova con lo sicurezze reali dategli al tempo del contratto; non à dunque maggior dritto al benefizio del nostro articolo.

701. Qui si arrestano le nostre osservazioni sulla specialità in quanto concerne il pegno ipotecario. In riassunto, il legislatore ne ferma il principio nello art. 2129 in termini che non lasciano alcun dubbio sul suo pensiere. *Non v' à ipoteca convenzionale validità*, dice egli, *oltre quella che dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili su cui il debitore consente l' ipoteca del credito.* Sicchè il legislatore vuole che gli immobili affetti d' ipoteca sieno specializzati a pena di nullità del contratto ipotecario. In due casi soltanto modifica il principio: nell' uno, in quanto permette, nello interesse del debitore, che costui aggiunga agli immobili che dà attualmente in ipoteca de' beni che non possiede ancora e che quindi non possono essere specializzati; nell'altro, in quanto soffre, nello interesse del creditore che à veduto perire o deteriorarsi la garenzie reali risultanti dal contratto, che l'ipoteca cada su altri immobili diversi da quelli che ne erano stati in prima specialmente gravati. E tuttavia, anche modificando il principio in queste due situazioni particolari, la legge vi si rallega ancora energicamente: chè da un canto e nel primo caso, non solo gl'immobili futuri non sono affetti al credito cho *sussidiariamente*, ma il contratto eziandio non basta perchè le ipoteche li colpiscano, è uopo che delle iscrizioni successive vengano a sottometterveli a misura degli acquisti, e soddisfino così al principio della specialità; d' altra banda e nel secondo caso, la nuova garenzia o il complemento di garenzia, che il debitore dà se non vuole rimborsare immediatamente, non è più quella che aveva data col contratto originario, non è la medesima ipoteca che si trasferisce da un immobile su di un altro e che sussista in virtù del contratto primitivo, è una nuova ipoteca che nasce al momento in cui è data, e non esiste cho quando essa stessa si specializza e si affigge con la iscrizione su' beni sostituiti o aggiunti ai primi. — Tal è, nel suo insieme, l'economia della legge sulla specialità in quanto concerne il pegno ipotecario.

V. — 702. Ma il principio sarebbe stato applicato in un modo incompleto se il legislatore si fosse attenuto ad esigere la determinazione, nel contratto ipotecario, degli immobili sottomessi alla ipoteca. La specialità, come abbiamo già avuto l' occasione di dirlo, à per oggetto di conoscere la vera situazione del debitore e daro la misura la più esatta possibile del suo credito ipotecario. È uopo dunque, perchè sia completa, non solo che gl'immobili gravati dall'ipoteca siano individualizzati in qualche guisa col contratto ipotecario, ma che questo contratto esprima eziandio le somme fino a concorrenza delle quali questi immobili sono obbligati, in modo che si sappia se qualche parte ne resta libera e se, quindi, può ancora servir di pegno per nuovi mutuanti; laonde il principio della specialità, fermato nello art. 2129, in quanto al pegno ipotecario, trova il suo complemento nello art. 2132, la cui prima parte dispone che « l' ipoteca convenzionale non è valida se non quando la somma per cui è consentita è certa e determinata dall' atto ».

703. La nostra osservazione stessa mostra che noi non istiamo alla lettera di questa prima parte del nostro articolo. Rigorosamente intesa, ricadrebbe a dire che non vi sarebbe ipoteca possibile di un credito che non fosse determinato; poichè lo ammontare di questo credito non potrebb'essere fissato nel titolo costitutivo dell'ipoteca. Ma non è questo il pensiero della legge; e la seconda parte di questo stesso articolo, a cui giungeremo ne' numeri seguenti, lo mostra ad evidenza. Il legislatore prende quì il caso più ordinario, quello in cui il credito risultante dall'obbligazione *è certo e liquido*; dispone in veduta di questo caso, e la sua disposizione riesce a dire che allora fa mestieri, a pena di nul-

lità, che lo ammontare di questo credito *sia determinato* nel contratto ipotecario. Per esempio, io tolgo a prestito una somma di 20,000 fr. per sicurezza della quale il mio mutuante esige una ipoteca sulla mia casa di Versailles. Qui tutto è certo e determinato, la mia obbligazione è precisa e lo ammontare ne è perfettamente fermato. Bisognerà dunque che il contratto ipotecario lo esprima, ai è l'una delle condizioni necessarie alla sua validità; e se questo contratto omettesse di dire che il credito del mio mutuante è di 20,000 fr., l'ipoteca sarebbe nulla, non meno che se si fosse omesso di specializzare la mia casa di Versailles, sulla quale doveva cadere questa ipoteca.

704. D'altronde, nel contratto ipotecario deve il credito esser determinato. Pertanto, ancorchè l'ipoteca è costituita nell'atto stesso che comprova il prestito, in questo atto appunto bisognerà precisare lo ammontare della somma alla cui sicurezza l'ipoteca è affetta. Ancorchè l'atto di prestito è muto sulla costituzione d'ipoteca, e questa ipoteca non è costituita che posticipatamente in un atto ulteriore, vi occorrerà riprodurre la cifra del debito per cui l'ipoteca è consentita. In questo nuovo atto appunto risiede veramente il contratto ipotecario.

VI. — **705.** Indipendentemente dal caso ordinario a cui si applica la prima parte del nostro articolo, v'à ancora un altro caso che non è sfuggito alle previsioni del legislatore, quello in cui il credito risultante dall'obbligazione è incerto o indeterminato. Per esempio, voi vi siete obbligato a pagarmi una somma di 5000 fr. se Giacomo raggiunge il suo venticinquesimo anno di età: ecco un'obbligazione che è determinata in quanto all'ammontare del credito che ne risulta, ma che è incerta in quanto alla sua esistenza, chè essa dipende da una condizione e non si sa se la condizione si effettuirà. Per esempio ancora, voi m'avete venduto una casa, ed io son minacciato di evizione; il credito che ò su di voi, a causa della evizione da cui son minacciato, è non solo condizionale e subordinato al fatto della evizione che posso soffrire o non soffrire, ma eziandio indeterminato in riguardo alla sua importanza, in quanto deve riassumersi in danni ed interessi che non potranno essere valutati e fissati che dopo la evizione — (Codice Napoleone, art. 1630 e seg.). Il legislatore non ammette, qualunque sia il senso apparente della prima parte del nostro articolo (v. n. 702), che simili crediti siano insuscettivi di esser garentiti con ipoteca, e la pruova ne è scritta nella seconda parte di questo stesso articolo ove è detto: « che se il credito risultante dalla obbligazione è condizionale per la sua esistenza, o indeterminato nel suo valore, il creditore non potrà domandare l'iscrizione di cui parleremo più appresso, che fino a concorrenza di un valore estimativo da lui dichiarato espressamente, e cui il debitore avrà dritto di far ridurre, se v'à luogo. » Ma la legge qui modifica il principio della specialità siccome viene fermato nella prima parte dello articolo.

Si vede d'altronde in che consiste la modifica. L'atto costitutivo dell'ipoteca non fa alcuna menzione delle somma o de' valori assicurati; le parti non son tenute a spiegarsi, anche per approssimazione; ma il creditore non può chiedere iscrizione, ossia porre l'ipoteca a cognizione de'terzi, senza fare in questa iscrizione la dichiarazione d'un valore estimativo che è la misura in cui saran gravati gli immobili su'quali iscrive la sua ipoteca.

706. Sebbene, sotto questo rapporto, la legge ponga sulla stessa linea il credito condizionale per la sua esistenza ed il credito indeterminato nel suo valore, esiste tra essi una differenza notevole. Un credito condizionale per la sua esistenza non è necessariamente indeterminato in quanto al suo valore. Per esempio, per riprendere l'una delle nostre precedenti ipotesi, quando voi vi siete obbligato a pagarmi una somma di 5,000 fr., se Giacomo raggiunge il suo venticinquesimo anno di età, avete contratto indubitatamente un'obbligazione condizionale, ma il credito che ne risulta a mio favore non à nulla d'indeterminato; mi dovete precisamente 5,000 fr. se Giacomo perviene al suo venticinquesimo anno di età. Non v'à dunque in ciò valutazione a fare dello ammontare del dritto, ed ogni valutazione sarebbe necessariamente fallace e suscettiva d'indurre i terzi in errore, poichè sarebbe troppo forte, ancorchè fosse ridotta a 100 fr., se la condizione non si effettuasse, e troppo debole, fosse pur giunta a 4,900 fr., se la condizione si effettuasse. Ciò che importa ai terzi, è di sapere che l'obbligazione è condizionale e di conoscere la condizione a cui è subordinato il dritto del creditore: ciò appunto, in un simil caso, dovrà esser dichiarato nella sua iscrizione (1). Pel credito a-

(1) Nella inchiesta amministrativa del 1841, il progetto presentato dalla Corte di Grenoble era red at-

dunque *indeterminato nel suo valore* è la stima prescritta dal nostro articolo una necessità. Pertanto, l'obbligazione è eventuale ed indeterminata, consiste nel fare o non fare, à per oggetto delle prestazioni in natura; in tutti questi casi e ne' casi analoghi, vi sarà una valutazione a fare dal creditore ed una dichiarazione espressa della somma a cui ascende il suo credito.

Questa valutazione che deve farsi, non nell' atto costitutivo dell'ipoteca, ma nella iscrizione, è appunto perciò l'opera del creditore soltanto. Si è preteso che, trattandosi qui d'un' ipoteca convenzionale, sarebbe stato meglio dire che la valutazione sarebbesi discussa e fermata tra le parti; che la valutazione allora avrebbe potuto farsi nell'atto stesso con cui l'ipoteca fosse stata costituita, in che il nostro articolo si sarebbe mostrato più fedele al principio della specialità: in questo senso istesso la redazione dello articolo era modificata ne' progetti di riforma di recente discussi dall'Assemblea legislativa (1).

Ma sarebbe stato in molti casi un incagliare le convenzioni particolari. Per esempio, al tempo della convenzione che io fo di costruirvi una casa in un paese ove non conosco nè il prezzo da' materiali, nè quello della mano d'opera, e quando non posso quindi ancora stabilir prezzo, posso domandarvi una sicurezza ipotecaria indeterminata sin da ora. Se bisognasse attendere che io avessi tutti i ragguagli non faremmo l'affare. La legge, tal quale è, presenta dunque più comodità pei contraenti che la legge quale proponevasi di farla. Checchè ne sia, essa abbandona al creditore la cura di dichiarare il valore estimativo; si spetta dunque a lui solo di dichiararlo.

Tuttavia il legislatore comprende che vi sarebbe qualche cosa di esorbitante nel lasciare così il creditore arbitro sovrano di una valutazione che può essere esagerata e nuocere al credito del debitore i cui immobili apparirebbero come gravati d'ipoteca per somme superiori a quelle che dovrebbe realmente. Da ciò la idea di riduzione, il cui principio è fermato nel nostro articolo, e il quale trova indi il suo sviluppo negli art. 2163 e 2164. Da un'altra banda, il legislatore non vuole che il creditore medesimo sia legato, *almeno in un modo assoluto*, con la dichiarazione estimativa che à dovuto fare nella sua iscrizione. Quindi il dritto che gli è riservato, dallo art. 2154, di prender delle nuove iscrizioni se lo evento fa ascendere i crediti, primitivamente indeterminati, ad una somma maggiore del valore estimativo da lui dichiarato. Pertanto, la valutazione prescritta dal nostro articolo non à nulla di deffinitivo nè in quanto al debitore, nè tampoco *assolutamente* in quanto al creditore. Si comprende tuttavia, dalle stesse nostre espressioni, che v' à sotto questo rapporto una differenza tra la posizione del debitore e quella del creditore: si è ciò che ci rimane a spiegare per completare le nostre osservazioni sul principio della specialità.

707. Noi diciamo che la valutazione fatta dal creditore non à nulla di deffinitivo in quanto al *debitore*. Ciò è evidente pel nostro articolo stesso, il quale, dopo aver imposto al creditore l'obbligo di dichiarare espressamente nella iscrizione il valore estimativo del credito indeterminato per la cui sicurezza s'iscrive, aggiunge che il debitore *avrà dritto di far ridurre questo valore estimativo*, se *v'à luogo*. Ma sarebbe un ingannarsi sulla estensione di questa riserva fatta dalla legge in favore del debitore, l' intenderla come applicabile al caso in cui lo effettuamento degli eventi è venuto a determinare l'importanza del debito ed a mostrare che la valutazione è stata fatta dal creditore con esagerazione. In questo senso, la riserva sarebbe una inutilità nella legge. Per esempio, comprando la vostra casa di Versailles, io stipulo una ipoteca sul vostro podere della Martinière e sul vostro bosco di Champlâtreux, per la garenzia dei miei danni ed interessi in caso di evizione; indi, prendendo iscrizione sul vostro podere e sul vostro bosco valuto approssimativamente il mio credito ad una somma di 50,000 franchi; se sopraggiunge poscia una sentenza la quale, compiuta la evizione, fissa a 25,000 franchi sol-

lo in questo senso. Siffatto progetto divideva il nostro articolo in tre parti distinte: l'una pe' crediti liquidi, l'altra pe' crediti condizionali in quanto alla loro esistenza, e la terza pe' crediti indeterminati nel loro valore. La prima e terza parte del progetto erano conformi al nostro articolo; nella seconda, la Corte proponeva di dire « Se il credito risultante dall'obbligazione è condizionale per la sua esistenza, *la condizione sarà menzionata nella iscrizione di cui parleremo qui appresso* » (Doc. lp., t. III, p. 344, 345.) Troviamo questa redazione nella legge belga del 16 novembre 1851, la quale la consacra col suo art. 80. V. Delebecque (Comm. legisl., p. 287), Martou (t. III, p. 110).

(1) Lo art. 2124 del progetto ammesso nella seconda deliberazione diceva a tal riguardo: « Se il credito risultante dall'obbligazione è indeterminato nel suo valore, il creditore potrà domandare la iscrizione, *ma solo sino alla concorrenza di un valore estimativo, espressamente convenuto tra lui ed il debitore nell'atto costitutivo del credito* o *in un atto autentico posteriore*.

tanto i danni ed interessi che mi sono dovuti, è chiaro che la riduzione sarà di dritto: la mia ipoteca non varrà che per 25,000 franchi, e voi sarete autorizzato per la sola forza delle cose, e senza che sia d'uopo di un testo per ciò, a far ridurre la mia collocazione a quest'ultima somma.

Il nostro articolo non consacra dunque questo dritto. Quale ne è allora il significato? Esso significa che il debitore potrà, *anche senza attendere gli eventi*, contestare una dichiarazione estimativa a cui non à concorso, provarne lo eccesso e farla ridurre, perchè i suoi immobili non restino gravati agli occhi de'terzi di oneri eccessivi dei quali il suo credito fosse indebitamente affetto. È questo precisamente il dritto il cui principio stesso è fermato nel nostro articolo e trova indi il suo sviluppo negli art. 2163 e 2164; il primo, che presenta come riducibile, in quanto eccessive, « le iscrizioni prese secondo la valutazione fatta dal creditore, dei crediti che, in quanto concerne l'ipoteca da stabilire per la loro sicurezza, non ànno potuto esser regolati dalla convenzione, ed i quali, per la loro natura, sono condizionali, eventuali, o indeterminati; » il secondo, che conferisce a' tribunali un dritto di valutazione, con indicazione delle basi secondo cui lo eccesso deve essere arbitrato in questo caso.

Siamo però qui nella materia delle ipoteche *convenzionali* o *speciali*, ed il paragrafo finale dello art. 2161 ci à detto che queste ipoteche *non sono suscettive di riduzione*, *neppur quando le iscrizioni cadono su più immobili differenti che non sia necessario per la sicurezza del credito*. Forsecchè dunque lo art. 2163, come àn pensato taluni autori (1), farebbe eccezione a questa disposizione proibitiva dello art. 2161? Punto nè poco. Non perdiamo di vista l'oggetto di quest'ultimo articolo. Le ipoteche per cui è scritto son quelle che risultano dalle sentenze o atti giudiziarii (v. *supra*, n° 600); nella ipotesi che esso prevede, si tratta di un creditore che, avendo il dritto in virtù della sua ipoteca giudiziaria di gravar la generalità degli immobili del suo debitore, colpisce con la sua ipoteca più immobili diversi che non sia necessario alla sicurezza del credito. Forsecchè si tratta di ciò nello art. 2163? No, il legislatore non à più qui in veduta *l'attribuzione istessa dell'ipoteca*, o l'esagerazione *nel numero delle iscrizioni*; ciò che riguarda, è lo *eccesso nella valutazione della somma per cui le iscrizioni sono state prese*, nel caso speciale in cui questa somma è stata fissata dal creditore soltanto (2). Ciascuno di questi articoli ha dunque il suo significato preciso ed il suo oggetto distinto; entrambi statuiscono in previsioni differenti, il che esclude la possibilità di rallegarli l'uno all'altro co' rapporti che legano tra esse la regola e la eccezione.

È uopo dire, al contrario, degli art. 2161 2163, ravvicinati e comparati, ciò che dicevamo poc'anzi degli art. 2144 e 2161 (v. n° 599), che l'uno e l'altro contengono delle regole differenti per casi perfettamente distinti; e dal loro paragone anzi è uopo indurre che in quanto concerne la riduzione delle iscrizioni possono esser ridotte in quanto agl'immobili su cui son prese: questa riduzione appunto, stabilita dalla legge in favore del debitore gravato d'ipoteche generali (v. *supra*, n° 538 e seg., e n° 600 e seg.), non può mai profittare, secondo la disposizione finale dello art. 2161, alle ipoteche convenzionali o speciali; nel che la legge è perfettamente giusta ed al tutto conforme al principio della specialità, perchè, quando la convenzione à specializzato gl'immobili che il creditore à ricevuto per la sicurezza del suo credito il retratto di una porzione qualunque della garenzia reale *determinata* nel l'atto costitutivo sarebbe una lesione al principio della specialità. — D'altra banda le iscrizioni possono esser ridotte in quanto alla quota delle somme che vi sono portate, questa seconda riduzione appunto organizzano gli art. 2163 e 2164, e la quale, stabilita dalla legge pe' casi in cui l'ipoteca è l'accessorio di un credito la cui cifra è indeterminata, può, secondo lo art. 2132, profittare anche alle ipoteche convenzionali o speciali; e ciò è egualmente giusto e perfettamente conforme al principio della specialità, perchè quando la convenzione non à figurato

(1) V. Persil (Reg. ip., sullo art. 2163).

(2) Eminenti giureconsulti han detto, al contrario, che lo art. 2163 si occupa precisamente della esagerazione nella moltiplicità delle iscrizioni prese per sicurezza di un credito indeterminato, e riguarda l'attribuzione medesima dell'ipoteca e ne conchiudono che lo articolo è fatto esclusivamente per le ipoteche generali, e non dovrebb essere applicato alle ipoteche convenzionali o speciali, vietando lo art. 2161 la riduzione di quest'ultima ipoteca — V. Tarrible (v° Rad. d'iscrizione n° 13) e Troplong (n° 772). Ma il punto di partenza è manifestamente inesatto, poichè è stato tutto regolato dalla legge, tanto dagli art. 2110 e seguenti quanto dagli art. 2161 2162, 2163 (v. n. 538 e seg. 600 e seg.), in quanto concerne la riduzione delle ipoteche generali al punto di vista della moltiplicità delle iscrizioni: lo art. 2163 non aveva più dunque a ritornare su di ciò. Ciò posto, la conclusione dedotta dagli autori citati si trova appunto perciò invalidata.

per nulla in una valutazione che il creditore soltanto à fatta nelle iscrizioni da lui prese, ogni riduzione che tende a porre la valutazione in rapporto con la cifra reale del credito è un ritorno verso il principio della specialità.

Ora, facciamo l' applicazione di questa teorica della legge. Comprando la vostra casa di Versailles io ò stipulato un' ipoteca sul vostro podere della Martinière e sul vostro bosco di Champlâtreaux, per la garenzia de' miei danni ed interessi in caso d' evizione; ed ò preso iscrizione tanto sul vostro podere quanto sul vostro bosco, per sicurezza di una somma di 50,000 franchi. Queste iscrizioni vi sembrano esagerate. Qual' é il vostro dritto? Potete voi domandare che la mia ipoteca non graviti più sull'uno de' due immobili che affetta, e che sia limitata sull' altro soltanto. No, chè la nostra convenziona é precisa in quanto concerne l' attribuzione dell' ipoteca, e lo art. 2161 protegge questa convenzione vietando, con la sua disposizione finale, ogni riduzione sotto questo rapporto della ipoteca convenzionale. Ma potrete contestare la mia valutazione, che, in questo punto, non è stata per nulla *regolata dalla convenzione*, il che è precisamente la ipotesi dello art. 2163. E se stabilite che, in tutti i casi, la evizione che ò preveduta non potrebbe, effettuandosi, cagionarmi 50,000 franchi di danni; se stabilite che una somma di 30,000 franchi, per esempio, bastasse ed al di tà a covrirmi, e se ciò è ammesso dal Tribunale, le iscrizioni saran ridotte in conseguenza, ossia che continueranno a gravare ad un tempo ed il podere della Martinière ed il bosco di Champlatreux; ma non graveranno più questi immobili che per una somma di 30,000 franchi in luogo di colpirli per 50,000 franchi. — Tal é il pensiere del nostro articolo, il quale, pertanto, consacra meno una restrizione propriamente detta della ipoteca che la riduzione di una valutazione.

Ma come lo eccesso sarà mai arbitrato, e come si ricondurrà mai la valutazione esagerata di una obbligazione, indeterminata nel suo valore, a termini ed in limiti più ragionevolmente fermati? La legge sen rimette a tal riguardo alla prudenza de' tribunali, i quali, secondo la espressione dello art. 2164, dovranno arbitrare lo eccesso secondo le circostanze, le probabilità delle eventualità, e le presunzioni di fatto, in guisa da conciliare i dritti verosimili del creditore con lo interesse del credito ragionevole da conservare al debitore. La situazione stessa non permetteva fissar regole più precise, più certe: il legislatore si è attenuto a fissar lo scopo da raggiungere, che è la conciliazione di due interessi necessariamente opposti, quello del creditore, i cui dritti, tuttochè eventuali ed indeterminati non lasciano d' essere coverti dalle garenzie reali sotto la fede delle quali egli à trattato, e quello del debitore, il cui credito non deve essere affetto oltre misura. Si spetta al giudice di ben penetrarsi della situazione, e da tendere, mercè un accurato esame delle circostanze, verso il termine medio, il quale darà il più che possibile soddisfazione a questi due interessi senza sacrificare l' uno all' altro.

708. Diciamo in secondo luogo che il *creditore* medesimo non è indefinitamente legato dalla dichiarazione estimativa che à dovuto fare; la legge non ammette che, se il credito reale è superiore alla somma portata nella dichiarazione, il creditore debba rimanere assolutamente privo della garenzia ipotecaria per la eccedenza. Tuttavia, asteniamoci dal credere che il dritto del creditore sotto questo rapporto, sia pieno ed intiero: mentre consacra questo dritto, la legge lo limita in quanto al suo esercizio e ne'suoi effetti. Ciò risulta dallo art. 2164, il quale, dopo di aver fermato le basi secondo cui dovrà essere arbitrato lo eccesso nella valutazione aggiunge, nella sua disposizione finale; « senza pregiudizio delle nuove iscrizioni da prendere *con ipoteca dal dì della loro data, allorchè lo evento avrà fatto ascendere i crediti indeterminati od una somma maggiore.* »

Pertanto, tuttochè non sia deffinitivamente ligato da una dichiarazione insufficiente, il creditore, a cui la legge dà in questo caso il dritto di prendere delle nuove iscrizioni, ha pur sempre fatta una valutazione deffinitiva almeno rispetto a' terzi che avesser trattato dopo col debitore. Indubitatamente, non sarà assolutamente tenuto ad attendere gli eventi che fisseranno l' importanza reale del credito indeterminato pel quale à stipulato una sicurezza ipotecaria; e se la valutazione che à fatta gli sembra insufficiente, potrà prendere delle iscrizioni complementarie: ma ciò sarà necessariamente sotto la riserva de' dritti acquisiti a terzi, ossia che queste nuove iscrizioni non verranno che alla loro data, e la iscrizione primitiva non avrà sempre valore che nella misura della dichiarazione estimativa fatta dal creditore. Mercè questa dichiarazione estimativa possono in effetti i terzi valutare esattamente l' onere di cui lo immobile è gravato: or coloro che avesser trattato ulteriormente col debitore ed avessero acquisito de' dritti reali sullo immobile affetto dall' ipoteca annessa al credito

indeterminato sarebbero ingannati, o almeno esposti a perdere il loro pegno, se il creditore potesse aggiungere alla dichiarazione estimativa o farsi collocare sul prezzo dello immobile per somme superiori allo ammontare del credito dichiarato. Per favorevole che sia la posizione del creditore, non può imputare che a sè stesso di non aver fatta la sua dichiarazione con bastante accuratezza da far ascendere, a prima giunta, la sua valutazione a somme sufficienti. In ogni modo, la posizione de' terzi è più favorevole ancora della sua; si è ciò che la Corte di Liegi à compreso a meraviglia decidendo che il creditore d'una rendita di grani non può esser collocato che per la somma per cui à estimato il capitale nella sua iscrizione, ancorchè, dopo la iscrizione, il valore delle derrate sia aumentato, e quand' anco mercè questo aumento il capitale della rendita abbia acquistato un valore più considerevole (1).

Similmente, tosto che gli eventi, compiendosi, han fissata la cifra reale del credito, che oramai cessa di essere indeterminato, il creditore, qualora questi eventi fanno ascendere i crediti primitivamente indeterminati ad una somma maggiore di quella per cui sono stati valutati nella iscrizione, può prendere delle nuove iscrizioni, gli immobili affetti nella convenzione primitiva son pur destinati a covrire questo supplemento: ciò appunto ci dice il nostro articolo. Tuttavia, v' era qui da proteggere ancora questo interesse de' terzi di cui abbiamo testè parlato. La legge dice, in conseguenza, che le nuove iscrizioni non avranno effetto retroattivo: l' ipoteca cui esse manifestano non avrà grado che alla data di queste iscrizioni.

Pertanto, l' ipoteca annessa ad un medesimo credito avrà tuttavia date differenti: essa daterà dal dì della iscrizione primitiva fino alla concorrenza delle somme dichiarate in questa iscrizione, dal dì della nuova iscrizione per lo ammontare della differenza esistente tra le somme primitivamente dichiarate e quelle a cui gli eventi avran portata la cifra reale del credito: ma ciò è imposto dalla situazione medesima; ed il risultato, d' altronde, è conforme alla giustizia, chè, innanzi tutto, è uopo che i terzi i quali, nello intervallo, avessero acquistato de' dritti reali sullo immobile, non possano essere ingannati.

Del resto, ciò che il nostro art. 2164 dice qui del caso in cui lo evento avesse fatto ascendere il credito ad una somma maggiore di quella della dichiarazione estimativa, é uopo dirlo del pari dell' ipotesi in cui la valutazione essendo stata ridotta come eccessiva, sulla domanda del debitore, gli immobili gravati venissero a subire delle degradazioni che ne facesser discendere il valore al disotto del credito ridotto (2): sarebbe qui il caso di applicare lo art. 2131 di sopra spiegato (v. *supra*, n° 689 e seg.).

VII. — 709. Qui parrebbe che dovessero arrestarsi le nostre osservazioni sull' ipoteca convenzionale. In fatti, abbiamo spiegato successivamente ciò che concerne la capacità necessaria per costituire validamente ipoteca (art. 2124, 2125, 2126; *supra*, n° 608 e seg.), la forma del contratto ipotecario (art. 2127, 2128; v. n° 665 e seg.), il carattere dell' ipoteca (art. 2129, 2132, n° 669 e seg. 702), ed i limiti che comporta il sistema della legge (art. 2130, 2131, 2163, 2164, n. 680 e seg.). Tutto sembrerebbe dunque esaurito. Ci rimangon però da precisare taluni punti su' quali la legge, senza esser onninamente muta, non contiene tuttavia disposizione diretta e precisa: dobbiamo ricercare quali obbligazioni sono suscettive della stipulazione d' ipoteca, ed indicare indi la misura in cui la sorte dell' ipoteca è ligata alla sorte dell'obbligazione cui segue o accompagna. Qui precisamente si producono le difficoltà che abbiamo riservate poc' anzi studiando la natura dell' ipoteca (v. n. 324).

710. In sè stessa l' ipoteca non é una obbligazione principale. È, come abbiamo detto (*ivi*), avvalendoci della espressione del Loyseau, un' obbligazione accessoria o sussidiaria della cosa per confermare ed assicurare la promessa e l' obbligazione della persona che é debitrice. Tal' è la sua natura; ed anche, quando é data da un terzo che non é debitore personale, e che si limita ad obbligare i suoi beni, è un' obbligazione accessoria o sussidiaria. Ogni stipulazione d'ipoteca suppone dunque un' obbligazione a cui l' ipoteca si liga accessoriamente. Ma quali sono le obbligazioni che comportano questa stipulazione? Questa non è quistione. L' ipoteca suppone un' obbligazione principale valida civilmente; chè, in generale, non potrebb' essere utilmente annessa ad un' obbligazione nulla o suscettiva di essere annullata (v. tuttavia *infra*, n. 721); ma, ecco tutto: e per conseguenza, tosto che un'obbligazione, qualunque essa sia, e quali ne

(1) V. Liegi. 24 ag. 1809.

(2) V. Dalloz (Rep., v. Ip. p. 436, n. 22) Zachariae (t. II, p. 186, 187) Troplong, (n. 774).

sieno la natura e le modalità, è valida, la stipulazione d'ipoteca vi può accedere. Pertanto, come dice il Pothier, « si posson costituire delle ipoteche per qualunque siasi debito, poca monta qual sia l'oggetto del debito, *non tanquam ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest.* (L. 9, §. 1, ff. *De pign. cit.*) Si posson costituire delle ipoteche non solo pel proprio debito, ma per quello altrui, *sive pro sua obligatione, sive pro aliena.* (L. 5, § 2). Si posson costituire delle ipoteche anche per un debito che non è contratto se non sotto una condizione che non è ancora verificata, *rem hypothecae dari posse sciendum est ... sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione.* (Ead. legge 5) (1) » Il Codice Napoleone non contiene, è vero, alcuna disposizione precisa che consacri direttamente la facoltà o il dritto di aggiungere l'ipoteca convenzionale ad obbligazioni in tal modo affette da modalità diverse, ma suppone necessariamente la esistenza di queste facoltà, sia quando ci dice, con lo art. 2125, che è l'estensione del dritto che conferisce al creditore l'ipoteca consentita da coloro che non ànno sullo immobile se non *un dritto sospeso da una condizione, o risolvibile in certi casi*, o *soggetto a rescissione* (*supra*, n. 637 e seg.), sia quando fissa, con lo art. 2132, la misura in cui deve farsi la iscrizione del credito risultante da una obbligazione *indeterminata nel suo valore o condizionale per la sua esistenza.*

711. Ma l'ipoteca può mai essere annessa ad un credito condizionale, anche quando questo credito non deve aprirsi che mercè un fatto di cui il debitore può a suo talento procurare o impedire lo effettuamento? Si intende che abbiamo particolarmente in veduta qui le promesse di prestito, o ancora le aperture di credito che sono, nelle relazioni commerciali, ciò che è la promessa di prestito per le relazioni civili. Ecco la nostra specie.

Paolo, negoziante, intravvedendo la possibilità di fare un'operazione considerevole in un prossimo avvenire, vuole assicurarsi sin da ore i fondi necessarii che non possiede per sè stesso. Quindi, s' indirige a Pietro, banchiere, il quale prende l'obbligazione di aprire un credito a Paolo fino a concorrenza di una somma di 25,000 fr., a condizione per parte di costui di rimborsarne lo ammontare realizzato con interessi. Può Paolo, sin da ora, e senza attendere la realizzazione del credito apertogli, conferire un' ipoteca per sicurezza di questo credito?

Nello stato attuale della dottrina e della giurisprudenza, ciò, lo si può dire, non potrebbe più esser messo in quistione. Erano stati in prima emessi taluni dubbii: alcuni autori ed arresti decidevano che l'ipoteca è assolutamente nulla in questo caso; che il creditore a cui è conferita non ne può fare l'iscrizione, anche subordinando questa iscrizione alla realizzazione del credito aperto o della promessa di prestito; e che, perchè l'ipoteca sia utilmente costituita, è uopo che il mutuatario consenta, dopo lo effettuamento del prestito, un nuovo atto autentico con cui riconosce l'esistenza di questo prestito e conferisce di nuovo la sicurezza dell'ipoteca (2). Il principio di questa soluzione era attinto nello art. 1174 del Codice Napoleone, a' termini del quale « ogni obbligazione è nulla, quando è stata contratta *sotto una condizione potestativa dal canto di colui che si obbliga.* »

Tuttavia, era evidentemente un ingannarsi sul carattere e sul valore della convenzione il farla cadere sotto la disposizione proibitiva dello art. 1174. Risulta indubitatamente da questo articolo che non v'à obbligazione quando dipende dalla pura volontà di colui che contratta *di essere* o *non essere obbligato*. Ma è forse questo il caso della specie? No, al certo. Quando io domando al mio banchiere che tenga a mia disposizione una somma di 25,000 fr., che dovrà pagare sulle mie tratte, ed in ricambio prometto, sotto un'affezione ipotecaria, di rimborsargli tutto ciò che avrà pagato in virtù della convenzione, v'à un legame di dritto che si forma, un' obbligazione che nasce e non può essere elusa. La convenzione sarebbe incontestabilmente nulla se fosse concepita in termini tali che fosse libero al mio banchiere di accettare o di ricusare le mie tratte; ciò appunto mostreremo nel numero seguente. Ma qui non si tratta mica di ciò; noi supponiamo un' obbligazione seria dal canto del mio banchiere: accettando la mia proposizione, egli si è obbligato rispetto a me e si è messo nella necessità di trarre dalla sua cassa e di pagare ad ogni latore di mie tratte fino a concorrenza di questa somma di 25,000 fr., che forma lo ammontare del credito da lui aperto. Ecco la sua obbligazione. Al certo quest' obbligazione è condi-

(1) V. Pothier (Dell' ipot. n° 59, 60, 61).

(2) V. Colmar, 18 aprile 1806; Liegi, 26 novembre 1825. — *Arrogi*, Delvincourt (t. III, p. 378), Battur (t. II, n° 283).

zionale, nel senso che io posso o no fare uso del credito. Ma ciò non toglie nulla alla forza obbligatoria della convenzione. In definitiva, il mio banchiere è la parte obbligata al momento dell'atto di credito; è il mio mandatario o il mio commessionato all'uopo di farmi avere i danari quando li domanderò previe le sicurezze costituite; e tosto che avrò preso il partito di ricorrere alla sua cassa, non dipenderà da lui di chiudermela. Ecco perchè l'art. 1174 del Codice Napoleone è qui affatto fuori causa, poichè, nei termini di questo articolo, la sola condizione *puramente potestativa della parte obbligata potrebbe invalidare la convenzione.* — In breve, noi siamo qui a fronte di un'obbligazione valida, tuttochè sospesa da una condizione. Essa sussiste come tale; or una convenzione di tale natura è suscettiva d'ipoteca, come abbiamo testè veduto; adunque la stipulazione d'ipoteca che le parti contraenti vi ànno aggiunta è valida e deve essa medesima sussistere. Si è la dottrina che prevale oggigiorno; è ammessa dagli autori e dagli arresti con una tale unanimità da non potervisi più ritornar sopra (1).

Ma se il principio è certo, se è oramai incontestabile, sonovi nell'applicazione dei punti speciali contro cui taluni muovono ancora gravissime controversie. Noi li riassumiamo nelle quistioni seguenti. L'ipoteca stipulata accessoriamente ad un'apertura di credito o ad una promessa di prestito deve mai esser validata, qualunque sieno i termini dell'obbligazione? Quale è la estensione dell'ipoteca, o la misura in cui affetta lo immobile ipotecato nel caso in cui il credito è limitato, sia in quanto alle somme promesse, sia in quanto alla durata del credito? Come e con quali mezzi lo effettuamento del prestito deve provarsi? Da qual dì l'ipoteca prende essa grado? Esaminiamo queste quistioni successivamente: termineremo indi su questo importante subbietto con alcune osservazioni particolari alle promesse ed alle realizzazioni de' prestiti fatti dalle società di credito prediale.

712. Sulla prima quistione sembra che non possa elevarsi alcun dubbio. È uopo evidentemente perchè l'ipoteca aggiunta ad un'apertura di credito o ad una promessa di prestito sia validata, che l'obbligazione sia reale e seria; in altri termini, che ne risulti un legame di dritto il quale, salvo beninteso, l'uso del credito per parte dello accreditato, (il che è l'adempimento della condizione sospensiva inerente alla convenzione), obblighi le parti l'una verso l'altra. Ecco una specie che ci mena ad esporre la regola in tutta la sua luce. — Un banchiere apre ad un negoziante un credito di 10,000 fr., per la cui realizzazione stipula che *sconterà soltanto que' valori presentati che più gli converranno*; e, per sicurezza delle somme di cui il creditore si troverà scoverto, l'accreditato consente un'ipoteca che è iscritta sin dal domani. Diverse operazioni di sconto àn luogo tra le parti, e l'accreditato si trova debitore di una somma di 4,000 fr., quando i suoi immobili son venduti. Il creditore si presenta all'ordine; ma la sua collocazione contestata da un creditore iscritto sei mesi circa dopo di lui, è rigettata dal tribunale di Chartres per questi motivi: « Che il creditore non si è obbligato a scontare indifferentemente i valori che gli fosser presentati, ma soltanto quelli fra questi valori che *troverà essere di sua soddisfazione*, il che non costituiva a suo riguardo che una obbligazione puramente potestativa; e che quindi l'ipoteca consentita dall'accreditato, nell'atto di apertura di credito, e la iscrizione di questa ipoteca, non posson valere. »

Questa sentenza è stata invalidata (2), e ciò si comprende a meraviglia. Quando il contratto aveva ricevuto un principio di esecuzione quando il creditore si presentava con un credito giustificato, risultante dagli sconti fatti in virtù ed in esecuzione dell'apertura di credito, era difficile ricusargli il benefizio d'un'ipoteca accordatagli precisamente per sicurezza delle somme di cui si trovano scoverte. Ma supponete che tutt'i valori presentati fossero stati ricusati dal creditore, i motivi su cui si è fondato il tribunale di Chartres prendono un carattere veramente serio; e se, come creditore eventuale, il creditore intende esercitare il dritto risultante dalla sua ipoteca, si potrà benissimo opporgli, invocando questi motivi, che l'obbligazione da lui assunta si trova, per la riserva che vi à introdotta di accettare soltanto le trat-

(1) Rouen, 24 aprile 1812 e 9 marzo 1830; Caen, 11 agosto 1812; Brusselle, 10 luglio 1817; Metz, 13 luglio 1820; Besançon, 30 novembre 1848; Rig., 6 aprile 1809, 26 gennaio 1814, 10 aprile 1891; Cass., 21 novembre 1849 (Dall, 31, 1, 503; Dev., 48, 2, 729; 50, 1, 91). V. Merlin (Quist., v° Ip., § 3, n. 2), Toullier (t. VI, n. 516), Grenier (t. I, n. 26), Persil (Quist., t. I, cap. 4), Dalloz (v° Ip., p. 203 n. 17), Duranton (t. XIX, n. 244), Zachariae (l. II, p. 145), Troplong. (n. 480), Championnière e Rigaud (t. II, n. 934).

(2) Lo arresto invalidativo è della Corte di Parigi, del 30 marzo 1842 (Dev., 45, 2, 113).

te che giudicherebbe di sua soddisfazione ricondotta alle condizioni di un' obbligazione puramente potestativa dal canto suo; che la non è una obbligazione seria,poichè dipende dalla sua volontà o anche dal suo capriccio di adempirla o di lasciarla ineseguita; e che l'ipoteca aggiunta ad una tale obbligazione non potrebb' esser validata.

Checchè ne sia, che vogliamo conchiudere da ciò ? Che l'ipoteca aggiunta alle convenzioni della specie non vale che quando queste convenzioni sono serie e reali, ossia quando generando esse in principio l'obbligazione per l'accreditato di rimborsare se fa uso del credito, gli procurano il vantaggio di avere veramente a sua disposizione le somme promesse, il che è la causa stessa della convenzione.

713. La seconda quistione, se non presenta più difficoltà in quanto alla soluzione è tuttavia più complicata. Si tratta di sapere qual' è la estensione dell'ipoteca o la misura in cui affetta lo immobile ipotecato quando la promessa di prestito o l'apertura di credito è effettuata. Sonovi su questo punto delle distinzioni necessarie e basate sulle diverse combinazioni che son proprie alla convenzione. Sovente accade che il credito, limitato in quanto alle somme fino a concorrenza delle quali è aperto, è limitato inoltre nella sua durata, così l'operazione che lo ò in veduta dev' esser seguita e non potrà esser completa che a condizione dal canto mio di obbligarvi un capitale di 100,000 fr., e di impiegarvi una durata di cinque anni; quindi, il banchiere a cui m' indirigo m'apre, sopra affezione ipotecaria, un credito di 100,000 fr. per conto corrente, la cui durata è fissata a cinque anni, allo spirar de' quali il conto sarà bilanciato e chiuso. Altre volte il credito è limitato soltanto in quanto alle somme che à per oggetto; per esempio, si tratta di un affare che può prolungarsi più o meno, che può seguirsi senza circoscriversi in una durata di tempo limitata; quindi il banchiere a cui io mi dirigo m'apre un credito di 100,000 fr. che si obbliga a fornirmi a misura de' miei bisogni. Per certi riguardi, la soluzione della nostra quistione varia, secondo che si sta nell' una o nell' altra di queste due situazioni.

714. Se il credito è limitato soltanto in quanto alla somma che il debitore si è obbligato di fornire, la garenzia ipotecaria si conterrà nella misura del credito aperto, il quale dovrà, a' termini dello art. 2132, esser determinato con la sua cifra nell' atto costitutivo dell' ipoteca. Pertanto, la garenzia non dovrà mai oltrepassare lo ammontare del credito aperto; ma potrà accadere che non lo raggiunga neppure. Così, da un canto io vi apro un credito fino a concorrenza di 25,000 fr., e le operazioni che fo con voi mi traggono a fornirvi una somma di 30,000 fr.; la mia ipoteca non varrà che pe' 25,000 fr., ammontare dal credito aperto, ed i 5,000 fr. di eccedenza costituiranno per me un credito semplicemente chirografario. Ma da una altra banda, in luogo di oltrepassare o anche di esaurire il credito che vi ò aperto fino a concorrenza di 25,000 fr., voi non avete preso che 15,000 fr., la mia ipoteca varrà per quest' ultima somma soltanto. — Nel primo caso, l'atto costitutivo dell' ipoteca determina la estensione del mio dritto ipotecario,perchè i terzi, che han trattato col mio debitore sulla fede che i suoi immobili eran gravati di un credito eventuale di 25,000 fr., sarebbero ingannati se questi immobili si trovassero obbligati per una somma maggiore. Nel secondo caso, la estensione dell'ipoteca è determinata dalla realizzazione istessa del credito, perchè se mi sono obbligato a prestare 25,000 fr., non ne ò in effetti prestato che 15,000, e non posso esser garentito dalla mia ipoteca che per la somma che ò realmente prestato.

715. Se il credito è limitato nella sua durata, si dirà, in generale, che l'ipoteca, la quale d' altronde non potrà mai garentire il creditore per somme superiori a quelle fino a concorrenza delle quali sarà stato il credito aperto, non varrà anzi se non per quelle che saranno state anticipate durante il periodo fissato, fosser pure inferiori alla cifra del credito, e sieno qualunque i disborsi che si fosser potuti fare ulteriormente. Sicchè, per meglio precisare riprendiamo l'ipotesi del n. 713 e supponiamo che i cinque anni formanti la durata del credito di 100,000 fr. statomi aperto sien decorsi dal 1° gennaio 1850 per finire al 1° gennaio 1855; supponiamo inoltre che, giunti a quest' ultima epoca, io ed il creditore ci siamo convenuti di prorogare il conto, e le nostre operazioni han continuato fino al 1° gennaio 1857, l'ipoteca non garantirà che le somme anticipate fino al 1° gennaio 1855 epoca a cui il conto corrente doveva esser bilanciato e chiuso; e se, fatto il conto, è stabilito che le anticipazioni a questo momento erano, per esempio, di 60,000 fr., l'ipoteca non varrà che per questa somma, quando anche vi fossero state, dal 1° gennaio 1855 al 1° gennaio 1857, durata della proroga,

altre anticipazioni le quali, aggiunte alle prime, ne portassero la somma totale ad una cifra che non oltrepassa o non raggiunge neppur quella di 100,000 fr., fino a concorrenza della quale era stato il credito primitivamente aperto. — Questa è, diciamo, la regola generale; ma non è assoluta, e sonovi delle ipotesi in cui l'ipoteca potrà garentire delle operazioni che tuttavia saranno state fatte dopo spirato il termine fissato dalla convenzione di apertura di credito.

Ecco una specie la quale, nelle fasi successive che à percorse, à messo in luce la regola e gli equi limiti che comporta. — Con atto notarile del 5 febbraio 1840, Giovanni Lemaitre e compagnia avevano aperto a Bony un credito di 100,000 franchi a conto corrente per sei anni, allo spirar del quale termine era stipulato che si bilancerebbe e chiuderebbe il conto; e lo stesso dì i creditori avevan presa una iscrizione ipotecaria per sicurezza della somma eventuale di 100,000 fr. sulla proprietà dei Cappuccini appartenente a Bony, con menzione, nella iscrizione, delle stipulazioni principali dell'atto di apertura di credito, e massime della clausola che ne limitava la durata a sei anni. Ma allo spirar de' sei anni, il conto non era stato bilanciato e chiuso; era stato prorogato, al contrario, col consenso delle parti, ed in fatto, si era continuato fino al 24 marzo 1847, giorno della morte di Bony. — In questo stato, si è trattato di sapere se il dritto ipotecario conferito a Lemaitre e compagnia doveva esser limitato al 5 febbraio 1846, o se, al contrario, doveva garentire fino alla morte di Bony il saldo del conto corrente fino a concorrenza della somma stipulata nell'atto di credito: ed a quest'ultimo partito appunto si era la Corte di Rouen soffermata (1). Perchè? Perchè diceva essa nel suo arresto, « il conto corrente si compone di un insieme di operazioni successive che si ligano e si concatenano in un modo indissolubile fino alla sua chiusura; che i versamenti e le consegne che formano questo insieme di operazioni non sono se non degli elementi parziali del conto, e non possono mai costituire de' *pagamenti* nell'accezione legale di questa parola; che la qualità di creditore o di debitore non può, per la stessa ragione, esser fissata se non quando il conto è deffinitivamente chiuso, poichè il conto corrente, per la natura stessa della sua destinazione, non presenta alcun bilancio deffinitivo, che, secondo i principii, è manifesto. nella specie, che alla data del 5 febbraio 1846, non v'era nè creditore nè debitore, poichè, per una conseguenza della nuova convenzione delle parti, il conto non era cessato di correre a questa data. »

Questi principii sul conto corrente sono d'una perfetta esattezza, al punto di vista delle obbligazioni personali che risultano dalla convenzione per le parti tra cui è formata; ma sonovi qui i terzi, il cui interesse è principalmente in gioco, e questi principii non potrebbero loro opporsi che quando i loro dritti non ne ricevessero lesione di sorta. Pertanto, quando l'ipoteca è stata consentita per garenzia d'un'apertura di credito di cui le parti àn limitata la realizzazione ad un periodo fisso di un certo numero di anni, i terzi sono avvertiti che l'apertura di credito deve arrestarsi al termine fissato. Se è nel dritto delle parti di prorogare la durata del credito, sia con un nuovo conto, sia continuando quello che già esiste, è certo almeno che lo esercizio di questo dritto non può avere per conseguenza di *aggravare* a danno dei terzi la situazione ipotecaria dello accreditato al di là di ciò che era al di indicato dalla iscrizione come quello in cui il conto corrente doveva esser chiuso, perchè quivi era pe' terzi il limite a cui doveva fissarsi la estensione del credito, e quindi, l'importanza dell'ipoteca che lo garentiva. Era questo il dritto non abbastanza riservato dalla Corte di Rouen. Perciò appunto il suo arresto è stato annullato; la Corte di cassazione, e dopo di essa la Corte di Parigi innanzi cui la causa è stata rinviata(2), han, giudicato, pe' motivi medesimi di sopra indicati, che l'ipoteca costituita per sicurezza di un credito aperto per conto corrente, per un tempo determinato, con istipulazione che allo spirar di questo tempo il conto sarebbe bilanciato e chiuso, non è, ne' suoi effetti rispetto a' terzi, sottomessa alle stesse condizioni e non dipende dalle medesime regole della determinazione, tra le parti, della quota del debito del conto corrente, e specialmente che se allo spirare, il conto in luogo di essere bilanciato e chiuso, è stato continuato fino ad un'epoca ulteriore, e le operazioni fatte durante la proroga non sono *necessariamente* garentite dall'ipoteca.

716. Ma supponiamo che il saldo dovuto all'epoca della reddizione deffinitiva del conto prorogato sia inferiore a quello che avrebbe

(1) Rouen, 19 gen. 1849 (Dev., 50 2, 138).
(2) V. cass., 22 marzo 1852, e Parigi, 21 dec. 1852 (Dev., 52, 1, 307; 53 2, 6; Dall., 52, 1, 86; 53, 2, 81; I. P., 1852, t. II, p. 286; 1853, t. I, p. 182).

potuto constatarsi al termine in cui, secondo la convenzione primitiva, doveva il conto esser bilanciato e chinso; ove sarebbe allora lo inconveniente di seguire senza riserva i principii del conto corrente? E qual sarebbe il danno pe' terzi? Il caso si produceva precisamente nella specie che abbiamo testè citata. Pertanto, in fatto, se il conto fosse stato bilanciato e chiuso al 5 febbraio 1846 data in cui, secondo la convenzione, doveva finire il credito aperto dall' atto del 5 febbraio 1840, Bony sarebbe stato costituito debitore d'una somma di 149,539 fr., la quale in tal modo avrebbe assorbita completamente la garenzia ipotecaria di 100,000 fr. In luogo di ciò, per effetto delle consegne e versamenti effettuiti successivamente da Bony, si è trovato che in marzo 1847, data del regolamento deffinitivo del conto prorogato, il saldo in favore del creditore era ridotto alla somma di 42,092 fr. Perchè quest'ultima somma non sarebb'essa stata coverta dall'ipoteca? I creditori interessati ad eliminare questa ipoteca vi resistevano perchè, dicevano essi, il credito di 149,539 fr., risultante dal saldo del conto, nel modo che avrebbe dovuto esser chiuso all'epoca fissata dalla convenzione primitiva, era stato ulteriormente rimborsato ed estinto con le consegne o versamenti operati da Bony durante la continuazione del conto corrente, e che quindi, l'ipoteca che serviva di garenzia a questo credito si era in pari tempo estinta. Aggiungevano che se più tardi, ed in deffinitiva, l'accreditante si era trovato creditore dello accreditato, era questo un nuovo credito, alla garenzia del quale non poteva applicarsi un'ipoteca conferita unicamente pel credito primitivo, oramai estinto; che in pochi detti, l'ipoteca consentita dallo accreditato non aveva potuto covrire se non le operazioni fatte durante il termine preveduto, di tal che, se non si fosse realizzato alcun credito allo spirar di questo termine, o che il credito realizzato fosse stato indi estinto dal debitore, i beni di costui dovevan trovarsi liberi della ipoteca eventualmente consentita, senza che si potesse riportare indi questa ipoteca su di un credito che non si era aperto se non mercè una prolungazione di credito al di là del termine convenzionalmente fissato al tempo della sua apertura.

Ma tutto ciò sarebbe stato opportuno se la situazione ipotecaria dello accreditato si fosse trovata aggravata dal saldo deffinitivo del conto prorogato. Nella situazione inversa, e quando i creditori contestanti non avevano alcun interesse a censurare una proroga nel cui decorso la situazione del loro debitore si era migliorata a tal punto che il saldo, in luogo di assorbire la garenzia ipotecaria, non raggiungeva neppur la metà, la loro pretensione era sì certo contraria alla giustizia; era del pari contraria al dritto, e la Corte di Parigi, innanzi alla quale era portata, sul rinvio pronunziato dopo annullamento, à detto con ragione, per respingerla, che i terzi, tosto che non avevano interesse a censurare la proroga, dovevano accettare il conto come le parti medesime, e che per essi come per le parti, era vero dire, in questo caso particolare, che il conto corrente forma un corpo, un tutto inseparabile, i cui articoli tutti si ligano e si concatenano, le anticipazioni e forniture portate al dare, e le consegne e i versamenti constatati al credito componente un insieme di operazioni le quali, a causa ancora delle loro fluttuazioni successive e continue, acquistano un carattere essenzialmente indivisibile, che non permette di distaccarne delle parti per attingervi de' pagamenti parziali per via di confusione, di compensazione o d'imputazione (1).

717. Terminiamo le nostre osservazioni sulla nostra seconda quistione, facendo osservare che la pratica fa abitualmente un'altra eccezione in senso inverso, da quella di cui abbiamo testè parlato, alla regola che l'ipoteca, aggiunta ad un atto di credito limitato nella sua durata, non vale che per le somme anticipate durante il periodo fissato. Pertanto si dice spessissimo, nelle aperture di credito, che l'ipoteca garantirà le *anticipazioni già fatte* e quelle a farsi entro un termine di . . . , e ciò fino a concorrenza di una somma determinata. Qui, in luogo di vedere, come testè, l'ipoteca estendersi ad operazioni fatte dopo la data primitivamente fissata per termine al credito, la vediamo covrire delle anticipazioni anteriori alla data dell'apertura. Questa nuova eccezione deve essere ammessa del pari, e purchè nella somma le anticipazioni non oltrepassino la cifra del credito aperto, i terzi non ànno a dolersi. Rallegheremo a quest'ordine di idee un arresto della Corte di cassazione dal quale risulta che l'ipoteca conferita per sicurezza delle somme future per effetto di un credito aperto fino a concorrenza di una certa somma può, secondo le circostanze e l'interpretazione delle clausole dell'atto, applicarsi non solo alle somme che fosser riscosse in virtù di quest'apertura di credito dopo

(1) V. lo arresto di Parigi, del 21 decembre 1852, citato alla nota precedente.

la costituzione della ipoteca, ma al saldo di un conto corrente chiuso anteriormente, in seguito di anticipazioni anteriori e di cui lo accreditato si trovava debitore (1). Si vede che, con questa decisione, la quale d'altronde, è uopo riconoscerlo, non è che un arresto di specie, la Corte di cassazione ammette la convenzione di cui qui parliamo, e si spinge anche più oltre, poichè la considera come risultante dalle circostanze in un caso in cui non era espressamente formulata.

718. Il credito risultante da un'apertura di credito o da una promessa di prestito è eventuale; l'ipoteca aggiunta alla convenzione è dunque eventuale del pari: col versamento de' fondi da parte del creditore o del mutuante; in altri termini, con la realizzazione diviene il credito certo ed attuale, e l'ipoteca è vivificata. Ma come mai la realizzazione del prestito, o l'impiego del credito, saran giustificati rispetto a' terzi? Il creditore o il mutuante saranno forse tenuti a stabilirlo producendo delle quietanze autentiche? o potranno essi giustificarlo con tutt'i mezzi legali ed ammessibili tra lo accreditante e lo accreditato? Si è la nostra terza quistione.

Esistono intorno a ciò delle teorie molto esagerate le quali, partendo dalla idea che l'ipoteca non può risultare che da un atto autentico stipulato innanzi notaio (*supra*, art. 2127) dicono non esservi cosa più conseguente a questo principio che lo esigere un titolo autentico per la determinazione della somma in occasion della quale è stata data una garenzia ipotecaria. Si è anzi tutto lo avviso del Dalloz(2), e il Merlin si era in prima pronunciato in questo senso, determinato, dice egli, da questo passaggio del Raviot au Perrier (quist. 90, n. 81), che qui riproduciamo, perchè riassume i motivi invocati ancor oggi in appoggio di tale dottrina. « Il mandante ed il mandatario avevano promesso, questi l'esecuzione del mandato, » quegli la indennità o altre condizioni. Io » crederei che, ciò posto, il mandatario a» vrebbe ipoteca dal dì della procura; *ma » non ammetterei questa ipoteca che per gli » atti della gestione che fosser pubblici e la » cui data fosse certa*, perchè è una massi» ma in Francia, che non deve dipender » da noi di farci delle ipoteche con atti » privati; questi atti non ànno mai data ri» spetto a' terzi. È uopo che le ipoteche » sieno avverate; senza di che le rigettia» mo, perchè preferiamo il dritto pubblico » al dritto particolare, e tutte le nostre leg» gi rivolgono la loro attenzione a non sof» frire che la fede pubblica sia ingannata nè » tampoco esposta alle frodi.» Ma il Merlin aggiunge che riflettendovi, questa dottrina gli è sembrata un errore, in quanto esige degli *atti pubblici* per provar l'esistenza del credito, e non si contenta di atti privati, la cui data, senza essere autentica, non sia dubbia (3). Noi intendiamo a meraviglia il cambiamento operatosi nella opinione del Merlin.

Ed innanzi tutto, la dottrina che ritratta è assolutamente inammessibile, chè essa menerebbe ad una impossibilità, nel caso in cui la promessa à luogo tra negozianti, e consiste nella convenzione nota sotto la denominazione di *apertura di credito*. V'à in ciò una serie di operazioni le cui continue fluttazioni mutano ad ogni istante la situazione delle parti, sono, da un canto, delle anticipazioni o forniture constatate da semplici menzioni al dare; dall'altra parte, de' versamenti o consegne che si stabiliscono con altre menzioni allo avere: e dire che, in questo caso, l'ipoteca non potrà esistere ed aver effetto che a condizione da parte del creditore di provare il suo credito con atti autentici o anche con atti privati che abbiano acquisito data certa, sarebbe semplicemente fermare in principio che una stipulazione d'ipoteca non può accedere alla convenzione di apertura di credito. Non si potrebbe andar tant'oltre: laonde la giurisprudenza non à esitato a riconoscere che i pagamenti effettuati in esecuzione dell'apertura di credito possono esser provati, anche rispetto co' terzi, da' libri delle parti (4).

Ma supponiamo che la convenzione abbia avuto luogo tra non negozianti, che abbia avuto semplicemente per oggetto una promessa di prestito: anche in questo caso, diciamo che l'esistenza del credito o la realizzazione non à d'uopo, per essere stabilita, del soccorso dell'autenticità. Il torto della dottrina contraria è di confondere due cose essenzialmente distinte: la causa efficiente dell'ipoteca d'un credito condizionale e dapprima indeterminato, e la liquidazione di questo credito. La causa efficiente dell'ipoteca è la convenzione che l'à costituita. Che questa convenzione debba esser fatta nella forma autentica, ciò è certo; e nel caso in cui il credito garentito dall'ipoteca è condi-

(1) Rig. 13 ag. 1855 (Dev., 55, 1, 769, Dall., 56, 1, 165).
(2) V. Dalloz (Rep., v° Ip., p. 205, n. 20).
(3) V. Merlin (quist. v° Ip., § 3, n. 1, in fine).
(4) V. Douai, 17 decembre 1833 (Dev., 34, 2, 279).

*

zionale, eventuale o indeterminato, non meno che in quello in cui il credito è liquido e certo, la forma dell'atto notarile, come abbiamo veduto nel commentario dello art. 2127 (v. n. 656 e seg.), è una condizione necessaria e senza la quale l'ipoteca non sarebbe validamente costituita. Ma lo abbiamo pur veduto (v. n. 660), non v'ha indivisibilità, in quanto alla forma, tra la costituzione di ipoteca e l'atto ulteriore con cui il creditore liquida il suo credito primitivamente condizionale, eventuale o indeterminato. La legge non parla dell'autenticità, non ne fa una condizione necessaria, che per l'atto costitutivo dell'ipoteca; essa si limita a ciò: e, come dice il Merlin, per estendere la sua disposizione fino a' documenti necessarii per regolare e liquidare il credito così ipotecato, bisognerebbe essere legislatore.

Che non si parli, d'altronde, dello interesse dei terzi, e de' pericoli a cui sarebbero esposti se non si mirasse a' mezzi di rendere per così dire impossibile una valuta intesa fraudolente tra il mutuante ed il mutuatario per giungere alla diminuzione del pegno ipotecario con la supposizione di una numerazione di danari. In conclusione i terzi sono avvertiti anticipatamente, con la iscrizione, che i beni del mutuatario o dello accreditato sono eventualmente gravati d'ipoteca per un credito la cui cifra è loro rivelata da questa iscrizione. Se trattano malgrado questo avvertimento, trattano con cognizion di causa e necessariamente nella previsione che il credito a causa del quale è stata l'ipoteca eventualmente costituita potrà essere esaurito in totalità. E siccome l'ipoteca non potrà, in alcun caso, covrir delle somme superiori, è vero dire che non v'à qui sorpresa possibile. I terzi contesteranno dunque, se lo giudicano a proposito, le quietanze o i documenti prodotti per giustificare la realizzazione; li oppugneranno e tenteranno, con tutt'i mezzi del dritto comune, di farli cadere se provano che essi celano delle frodi; ma non potranno pretendere a nulla di più, e massime non potranno, quando la legge non à espressamente dichiarato che questi documenti farebber pruova sol quando fosser redatti nella forma autentica innanzi notaio, farli eliminare di pieno dritto, sol perchè consistessero in atti privati (1).

719. In quanto alla nostra ultima quistione, è fra tutte quella che à mosse e che muove tuttavia le più vive controversie in teoria, tuttochè sembri definitivamente risoluta, dalla giurisprudenza, in un senso conforme a' bisogni della pratica. Si tratta di sapere se l'ipoteca costituita per sicurezza di un credito aperto o di una promessa di prestito rimonti, per le diverse somme che il debitore à successivamente prelevate, al dì della iscrizione presa in virtù dell'atto di costituzione, o se, al contrario data, per ciascuna di queste somme, solo dal dì in cui è stata prelevata. Per esempio, in ottobre 1850, è stato aperto un credito di 10,000 fr., sotto affezione ipotecaria, a Paolo da Pietro, il quale à preso immediatamente iscrizione. Ma lo accreditato non è ricorso alla cassa del creditore che al mese di gennaio 1851, e vi à attinto fino al mese di decembre seguente, epoca in cui il credito è stato esaurito. A quale data si dovrà dunque fissare l'ipoteca di Pietro in questo caso? Prenderà essa grado al dì della iscrizione primitiva, ossia al mese di ottobre 1850? o prenderà grado solo al dì della realizzazione, ossia al mese di gennaio 1851, e successivamente alle diverse date de' prelevamenti effettuiti da Paolo, fino in dicembre 1851, nella cassa di Pietro? Si scorge tutto l'interesse della quistione: è una quistione di preferenza tra l'ipoteca di Pietro e le ipoteche che Paolo potrebbe aver conferite ad altri creditori sugli stessi immobili, nello intervallo decorso tra l'atto di apertura di credito ed i diversi atti di realizzazione.

Nell'antica giurisprudenza, niun dubbio sembra siasi su di ciò elevato. Il Pothier, che riassume la dottrina generalmente ammessa, si esprime così su questo punto: « Si possono costituire delle ipoteche per un debito che non è stato contratto, ma che si contrarrà, *et futurae obligationis nomine*; ma come non può esservi ipoteca senza che vi sia debito, questa ipoteca non avrà luogo che dal dì che il debito sarà stato contratto. Ecco perchè se oggi, primo di aprile io ò convenuto secovoi che il tale fondo vi sarebbe specialmente ipotecato per una somma di 10,000 lire che mi prestereste e non mi abbiste data questa somma che il primo settembre seguente, l'ipoteca non avrà luogo che dal primo settembre, perchè, non a-

(1) V. Troplong (n° 508), Grenier (§. I, n° 29). Coulon (§ III. p. 249). — Il punto è risoluto legislativamente in questo senso nel Belgio, dalla legge pel 16 dicembre 1851, il cui art' 80 dice espressamente che il rilascio de' fondi potrà essere stabilito con tutt'i mezzi legali, V. Delebecque (Comm. legisl. p. 287), Martou (§. III, p. 111, e n° 1024).

vendo incominciato ad esser debitore verso di voi di questa somma che dal dì che l'ho ricevuta, l'ipoteca non à potuto nascere prima, non potendo esservi ipoteca prima che vi sia un debito (1). « Oggi ancora, sotto il Codice Napoleone, questa dottrina trova de' numerosi partigiani fra gli autori più accreditati. Si è detto che la convenzione che apre un credito ad una persona, lasciandole una intiera libertà di usare o di non usare del credito, non genera obbligazione per sè stessa; che non può dunque affiggersi ipoteca a questa convenzione, poichè l'ipoteca, essendo essenzialmente l'accessorio di un credito, non può esistere finchè non esiste un'obbligazione principale a cui possa accedere: e si è da ciò conchiuso che se prima di fare uso del credito lo accreditato ipotecasse i suoi immobili ad altri creditori che si affrettassero di prendere iscrizione, queste nuove ipoteche sarebbero preferibili, e lo accreditato non potrebbe renderle prive di effetto usando ulteriormente del suo credito (2).

Ma tuttavia è uopo riconoscere che, se questa dottrina dovesse prevalere, sarebbero impossibili le convenzioni di questa specie; per utili e vantaggiose che sieno per lo sviluppo del credito, la pratica non vi potrebbe più ricorrere. La Facoltà di dritto di Strasbourg (3) poneva ciò in tutta la sua evidenza, al tempo della inchiesta amministrativa del 1841, quando diceva: « Le costituzioni d'ipoteca per sicurezza di crediti aperti sono, pe' semplici particolari come pei negozianti, un elemento comodo di credito, l'incagliare lo impiego o lo sviluppo del quale sarebbe contrario allo interesse generale. Ora, non dando all'ipoteca che la data delle diverse anticipazioni successivamente fatte al mutuatario, si tolgono al mutuante le garenzie che la convenzione doveva assicurarsi, e si spoglia perciò stesso questa convenzione del suo carattere proprio e de' vantaggi particolari a ragion de' quali costituisce un mezzo di credito distinto dall'ipoteca ordinaria. In effetti in questo sistema, il mutuante dovrebbe, se volesse aver la certezza che il suo pegno non è stato scemato, farsi esibire un nuovo estratto del registro delle iscrizioni ipotecarie, ogni volta che il mutuatario venisse a domandare una anticipazione, e sarebbe autorizzato a ricusare de' fondi, se quest'ultimo non giustificasse la mancanza di nuove ipoteche. Ciò non è fosse incompatibile con la natura d'un credito aperto, il cui effetto dev'essere di autorizzare l'una delle parti a prelevare, quando le torna a grado, dalla cassa dell'altra, le somme di cui può avere bisogno?

Come si farà d'altronde, se in luogo di presentarsi ella medesima alla cassa del banchiere, la persona che à un credito aperto à fornito delle tratte su di lui? I portatori di queste tratte saran mai, essi ancora, tenuti a giustificare che il traente non à consentito ipoteca a favore di terzi? Fa d'uopo dunque riconoscerlo: la restrizione dello effetto dell'ipoteca consentita per sicurezza di un credito aperto, alle date rispettive delle anticipazioni successivamente fatte al mutuatario avrebbe per risultato di rendere impraticabile questo genere di costituzione d'ipoteca, o almeno d'incagliarne lo impiego con difficoltà che lo priverebbero de' vantaggi particolari che esse offrono, quando si dà loro tutto lo effetto che debbon produrre secondo la intenzione delle parti. »

Aggiungiamo a queste considerazioni, prese tutte nello interesse della pratica, che il dritto è perfettamente conforme. Io do ad un banchiere mandato per procurarmi dei fondi in conto corrente. Egli consentirà a farlo sotto una fideiussione, sotto un pegnoramento, sotto un'ipoteca, che io gli darò prima che esegua il mio mandato. Che facciamo in tal caso? Dal canto mio, costituisco la sicurezza necessaria alle obbligazioni future, e dal canto suo, il banchiere assume l'obbligazione di fornirmi del danaro nello avvenire. È forse contrario al dritto che io costituisca *fin da oggi* una sicurezza per lo esercizio di un *mondato* che oggi do? Ciò è permesso per la fideiussione, contratto accessorio; è permesso pel pegnoramento, contratto accessorio, è permesso per l'ipoteca, contratto accessorio: è permesso dallo art. 1130. Il debito futuro che contrarrò verso voi, e le cose che voi mi fornirete, possono essere per me fin da oggi la materia di una obbligazione che contratto da oggi stesso, e che diverrà la causa o la sicurezza della esecuzione del nostro mandato. E come dal giorno del mandato lo contraggo l'obbligazione di indennizzarvi dalla sua esecuzione, è chiaro che, se voi eseguite il mandato,

(1) V. Pothier (Dell' Ip., n° 62). — Arrogi Domat (ivi lib.3,tit. 1 sez 1,art. 4), Basnage (cap. 1 sez 3).

(2) V. Merlin (Quist. v. Ip., § 3. n° 2), Toullier (§. VI. n° 546), Dalloz (v. Ip. p. 204, n. 18), Zachariae (§. II, p. 14, nota 21), Troplong (n. 78), Championniere e Rigaud (ivi). — Arrogi: Liège, 7 genn 1811, Brusselle, 10 luglio 1817.

(3) Osservazioni della Facoltà di Strasbourg (Doc. Ip., §. III, p. 346). — V., inoltre, ivi (§. I, p. 536, 594, 596).

il quale farà nascere il mio debito verso di voi, la mia obbligazione di pagare è nata, per lo effetto retroattivo della condizione, al dì stesso in cui è dato la sicurezza dell' obbligazione futura.

Tutto ciò è certo in dritto: ecco perchè la giurisprudenza (ed è ancora lo avviso della maggioranza degli autori) à deciso che l'ipoteca conferita per sicurezza di un credito aperto ed accettato produce effetto dal dì del contratto, non solo quando i terzi non ànno acquisiti dritti che dopo la realizzazione (1), ma eziandio quando i dritti acquisiti da' terzi lo sono stati prima della realizzazione, ma dopo che la iscrizione è stata presa in virtù del contratto (2).

Questa soluzione è la sola conciliabile col dritto come co' bisogni della pratica. Ed in diffinitiva, i terzi, il cui interesse è qui impegnato, non possono querelarsene nello stato attuale della legislazione, come lo avrebbero potuto sotto l' antica giurisprudenza. La loro salvaguardia sta in questa pubblicità che i nostri antichi non praticarono: e quando la iscrizione della ipoteca per sicurezza di un credito aperto fa loro conoscere anticipatamente l'importanza di questo credito, non potrebbero imputare che a loro stessi il danno che soffrirebbero se, trattando con lo accreditato, avessero trascurato di tener conto della situazione, e non avessero preveduto che il credito potrebbe essere esaurito.

720. Ci rimane, per completare le nostre osservazioni sulle promesse di prestito, a ravvicinare a ciò che precede talune regole particolari e tutte speciali a' prestiti consentiti dalle Società di Credito prediale.

Ne' principii della legislazione che governa queste Società sonovi delle condizioni generali che debbono rigorosamente adempirsi, perchè la convenzione di prestito sia regolarmente formata. Pertanto, le Società non possono dare a mutuo che sulla prima ipoteca, salvo le eccezioni determinate dalla legge, e non possono far de' mutui che eccedano la metà del valore della proprietà data in garenzia. Non parliamo di un' altra condizione ancora, la quale consisteva nell' obbligazione di purgare, perchè la purgazione, che era obbligatoria secondo il decreto del 28 febbraio 1852, è divenuta puramente facoltativa per le Società a' termini dello art. 2 della legge del 10 giugno 1853.

Così, ogni domanda di prestito indiritta da un proprietario ad una Società di Credito prediale è seguita da una istituzione, che à per oggetto lo esame della persona al punto di vista della sua capacità e de' beni offerti in ipoteca, al punto di vista dello stabilimento della proprietà e della solidità del pegno, e per iscopo, di assicurare alla Società questa priorità del grado ipotecario che è una condizione essenziale e senza la quale la convenzione di prestito non potrebbe formarsi.

Posto ciò, v' à un primo atto che deve essere redatto conformemente alle formole fermate dalla Società, ed il quale contiene con l' enunciazione dello ammontare del prestito, della cifra e de' termini di pagamento delle annualità, delle condizioni e degli effetti de' rimborsi anticipati, la designazione de' beni ipotecati, lo stabilimento di proprietà, la dichiarazione dello stato civile del mutuatario, l' affezione ipotecaria, il trasferimento della indennità di assicurazione, ecc. Questo primo atto è qualificato di *contratto condizionale* dalla legge medesima (decreto del 28 febbraio 1852, art. 8, e legge del 10 giugno 1853, art. 4), nella quale questa qualificazione s' introduce così per la prima volta. Tuttavia, il contratto è condizionale ad un punto di vista diverso dalle promesse di prestito e aperture di credito di cui abbiamo testè parlato: in queste ultime convenzioni, la condizione consiste in quanto lo accreditato o il mutuatario può a suo talento fare o non fare uso del credito apertogli (v. *supra*, n. 711 e 718); al contrario, rispetto alla Società di Credito prediale, il mutuatario è obbligato a prender la somma prestata, ed a prenderla in totalità, nè più nè meno che la la Società è obbligata a rilasciarla tosto che la convenzione è consumata. Ma il contratto vi è condizionale nel senso che la realizzazione del prestito è subordinata al risultato della purgazione delle ipoteche legali, quando v' ha luogo a compierla, ed a quello delle formalità ipotecarie, che debbono adempirsi in tutt' i casi. Dopo lo adempimento di queste formalità e quando non àn fatto sorgere alcun ostacolo a questa priorità di grado

(1) Ric., 26 genn. 1814.

(2) V. Douai, 17 dec. 1835; Parigi, 30 ag. 1841, 30 marzo 1842 e 15 gen. 1852; Aix, 29 mag. 1841; Besancon, 30 nov. 1848; Ric., 8 marzo 1853 (Dev., 34, 2, 279; 41, 2, 541; 43, 2, 115; 48, 2, 729; V. P. 1852, t. I, p. 334; 1853, t. I, p. 364). V. pure Grenier (t. I, nº 296), Persil (art. 2114, nº 3), Favard (vº Ip., p. 731), Pardessus (nº 1157), Rolland de Villargues (vº Ip., nº 55), Battur (nº 283), Devilleneuve (vol. del 1850, 1, 1, 91). — In questo senso ancora si è pronunziata nel Belgio la legge del 16 decembre 1851, (V. lo art. 80, già citato).

cui la società deve sempre assicurarsi, interviene un secondo atto che chiamasi *l'atto diffinitivo*. Così le Società di Credito prediale fanno ostensibilmente e per conto della legge ciò che si pratica abitualmente ed in segreto ne' prestiti tra particolari, in occasione de' quali l'atto comprova la consegna de' fondi al mutuatario dal mutuante, tuttochè in fatto i fondi restino nella cassa del notaio attendendo che lo stato delle iscrizioni che si prenderà permetta di assicurarsi che i beni offerti dal mutuatario presentino una vera sicurezza.

Checchè ne sia, questo nuovo atto, che costituisce la realizzazione del prestito, enuncia sommariamente lo adempimento delle formalità di purgazione e delle altre formalità ipotecarie, stabilendo che non è sopraggiunta alcuna iscrizione di data anteriore a quella del Credito prediale, ad eccezione di quelle le cui cause debbono esser rimborsate con lo ammontare del prestito; ed a qualunque epoca intervenga quest' atto che comprova la consegna de'danari, l'ipoteca della Società, che à potuto essere iscritta in virtù dell' atto condizionale, prende grado dal dì della iscrizione. Ciò sarebbe stato costante quando anche la legge non ne avesse parlato, e si fosse dovuto applicare la giurisprudenza di cui abbiamo reso conto al n° 720, tanto più che qui, a differenza di ciò che à luogo nelle aperture di credito, la realizzazione del prestito non è punto nè poco facoltativa, come abbiamo poc'anzi detto; ma si è creduto prudente di esprimerlo, e lo art. 4 della legge del 10 giugno 1853 dice, in fatti, che « l'ipoteca consentita a favore di una Società di Credito prediale, col contratto condizionale di prestito, prende grado dal dì della iscrizione, sebbene i valori sien rimessi posteriormente».

721. Dopo di aver indicato quali obbligazioni sono suscettive di ricevere la stipulazione d'ipoteca, ci rimane a rammentare che, come convenzione o obbligazione accessoria, l'ipoteca medesima è ligata, in generale, alla sorte della obbligazione principale cui à per oggetto di assicurare e garentire.

Pertanto, ancorchè l'obbligazione principale sia condizionale o affetta da una modalità qualunque, l'ipoteca è condizionale egualmente o affetta dalla medesima modalità; e ciò appunto esprime lo art. 2125 (v. *supra*, n° 636 e seg.)

Se l'obbligazione principale è nulla ovvero estinta, la ipoteca sarà nulla o estinta del pari, poichè non si potrebbe comprendere una obbligazione accessoria sussistente da sola, e che sopravviva all' obbligazione principale a cui era stata annessa (1); ritorneremo d' altronde su di ciò nel nostro commentario dello art. 2180. — Ma come, al contrario, l'esistenza dell'obbligazione principale si comprende a meraviglia indipendentemente da ogni obbligazione accessoria, si dirà, allo inverso, che la invalidità dell'ipoteca non può avere influenza sulla sorte dell'obbligazione principale a cui era stata accessoriamente aggiunta.

Se l' obbligazione principale è annullabile soltanto, l'ipoteca è indubitatamente, ed in tesi generale, annullabile del pari. Tuttavia supponiamo che l' ipoteca sia stata consentita da un terzo su' suoi immobili per garentire un'obbligazione principale suscettiva di essere annullata con una eccezione personale, diciamo che l' ipoteca sarà mantenuta nonostante lo annullamento dell'obbligazione principale, e ciò in applicazione dello art. 2012, secondo cui « si può garentire un'obbligazione, ancorchè potesse essere annullata con una eccezione puramente personale all' obbligato, per esempio nel caso di minoretà (2). »

722. Ma aggiungiamo, terminando, che sebbene puramente accessoria, l'ipoteca è sottomessa a'principii generali, e quindi è suscettiva essa stessa di tutte le modalità, quantunque aderenti ad un' obbligazione pura e semplice. Indubitatamente, non potrebb' essere stabilita in termini o sotto condizioni contrarie alla sua essenza o a'suoi fini. Per esempio, il risultato o lo scopo finale dell' ipoteca essendo la espropriazione del debitore secondo talune formalità determinate dalla legge, il debitore non potrebbe, costituendola, inserire nella convenzione una clausola con cui consentisse che il suo creditore diverrebbe, per mancanza di pagamento al termine convenuto, proprietario dello immobile ipotecato (3). Non potrebbe tampoco, dopo la legge del 2 giugno 1841, la quale, vietando la clausola *di via parata*, à troncato le difficoltà di dottrina e di giurisprudenza che questa clausola aveva mosse, consentire che in mancanza di esecuzione delle obbligazioni prese verso il creditore, costui avrebbe il dritto di vendere gl'immobili del suo debitore senza adempiere le formalità prescrit-

(1) V. Riom. 11 mess. anno 11, 2 apr. 1816, 6 luglio 1830; Metz. 5 luglio 1822; Rig., 25 apr. 1826.
(2) V. Delvincourt (t. III. p. 298), Tallur (t. II, n° 265), Zachariae (t. II. p. 143)
(3) V. Parigi, 22 mess. anno 11; Bourges, 8 feb. 1810; Torino, 21 luglio 1812; Montpellier, 17 aprile 1810 (Dev., 40, 2, 531). — V. tuttavia Tolosa, 16 marzo 1812 e 1° marzo 1822; Montpellier, 6 marzo 1840 (Dev., ivi).

te dalla legge (1). Ma salvo ciò e qualunque altra condizione che, come queste, riflettesse il principio stesso della ipoteca e ne distroggessero la essenza, si può dire che non v'à tra l'ipoteca convenzionale e l'obbligazione principale a cui accede, una solidalità talmente assoluta che la prima non possa esser condizionale quando l'altra è pura e semplice (2).

SEZIONE IV.

DEL GRADO CHE LE IPOTECHE HAN TRA LORO.

2134 [2020] — Tra'creditori, l'ipoteca, sia legale, sia giudiziaria, sia convenzionale, non à grado, che dal dì della iscrizione presa dal creditore su' registri del conservatore, nella forma e del modo prescritto dalla legge, salvo le eccezioni addotte nello articolo seguente (a).

2147 [2041] — Tutt' i creditori iscritti lo stesso giorno esercitano in concorrenza un' ipoteca della stessa data, senza distinzione tra l'iscrizione del mattino e quella della sera, quando anche questa differenza fosse notata dal conservatore (b).

SOMMARIO.

I. Transizione. — La pubblicità è la condizione necessaria per rivificare l'ipoteca ed assicurare al creditore la preferenza, che è il dritto essenziale risultante dall'ipoteca. È questa la innovazione più importante introdotta dalle leggi moderne nel regime ipotecario. — Sviluppi — Editti del 1581 e del 1673; legge de' 9 messidoro anno 3 ed 11 brumaio anno 7.

II. I nostri articoli e quelli di cui si compone la presente sezione non regolano gli effetti della pubblicità che in quanto concerne il *dritto di preferenza* risultante dall' ipoteca: pruova e sviluppi.

III. Il principio è generale e si applica a tutte le cause d' ipoteca Tuttavia certe ipoteche *legali* ne sono esonerate. Rinvio.

IV. Il modo di pubblicità istituito dalla legge è la *iscrizione* su' registri del conservatore. La cognizione personale che i terzi potessero avere dell esistenza del dritto ipotecario non supplirebbe la iscrizione critica di un arresto in senso contrario. Il manco d'iscrizione è opponibile da tutt'i creditori indistintamente, da' chirografari come dagl ipotecari; ma non può opporsi da quello che à costituita l'ipoteca.

V. Dello effetto della iscrizione — Essa determina il grado delle ipoteche tra'creditori, applicazione della regola alle ipoteche generali affettanti ad un tempo i beni presenti e futuri del debitore. — In quanto alle ipoteche iscritte lo stesso giorno, vengono in concorrenza: applicazione della regola a' privilegi degenerati in ipoteca (art. 2113) ed alle ipoteche legali.

1. — 723. Passiamo all'ultimo oggetto che si è proposto il legislatore nel presente capitolo, il quale, come abbiamo fatto osservare di sopra (v. n° 319), è consacrato all'*ipoteca* in un modo tutto speciale. La legge ci à fatto conoscere, in questo capitolo, la seconda delle due cause legittime di preferenza menzionate nello art. 2094, come ci aveva fatto conoscere la prima, che è il *privilegio*, nel capitolo precedente. Pertanto, ci à detto, fin qui, ciò che è l'ipoteca, quali beni ne sono suscettivi, quali sono i caratteri propri a ciascuna specie d'ipoteca, le cause donde posson procedere, la misura in cui affettano i beni dell'obbligato: ci dirà ora la condizione a cui l' ipoteca può essere vivificata e costituire realmente pel creditore quella *causa legittima di preferenza* di cui il legislatore medesimo parla nello art. 2094. Questa condizione è la *pubblicità* mercè la iscrizione, la pubblicità che le nostre leggi moderne ànno eretta per principio e di cui an fatto la base ed il pernio del regime ipotecario. Questa è la notevole innovazione introdotta nella materia; per questa le leggi moderne anno effettuato un vero ed oramai incontestato miglioramento.

724. Non è a dire che consacrando la istituzione della ipoteca, il nostro antico dritto francese abbia permesso ovunque e sempre all'ipoteca di celarsi alla conoscenza dei terzi e di esistere con tutte le sue prerogative, tuttochè rinchiusa in una funesta clandestinità. Indubitatamente lo antico dritto francese aveva subita l' influenza della legislazione romana ed aveva accettato, anche nel paese consuetudinario, i principî generali in materia d' ipoteca, salvo certe modifiche talune delle quali sono state già indicate (v. *supra*, n° 412): perlanto, ad esempio de' Romani, che non conobbero e non praticaron mai la pubblicità dell'ipoteca, neppure all'epoca in cui covrivano i fondi gravati di colonne e di cartelli richiamanti alla memoria le obbligazioni stipolate coi creditori (3), il nostro antico dritto francese soffrì che le ipoteche rimanessero occulte; si era la regola generale ed il dritto comune della Francia. Ma, tuttavia, qualche paese vi fece eccezione. Essi furono le province

(1) Codice di procedura, art. 742. — Prima della legge del 1841, la giurisprudenza tendeva a fissarsi in senso contrario. V. i quattro arresti della Corte di cassazione del 20 mag. 1840. (Dev., 40, 1. 385).

(2) V. Cass., 5 dec. 1809. — V. pure Merlin (Quist., v° Ip., 314, Grenier (t. 1, n° 30).

(3) Il primo presidente Troplong dice e dimostra che queste manifestazioni, che gl'imperatori, del resto, non tardarono a restringere ed a modificare, erano degli atti di autorità privata attincoti più alla vanità che alla conservazione de'dritti. (V. *Comment. de'Priv. ed Ip.*, n° 556).

(a b) Nessuna divergenza è fra questi articoli.

dette di *saisine* e di *pegnoramento*. La pubblicità vi fu organizzata per la costituzione d'ipoteca come pel collocamento e la trasmissione di qualunque altro dritto reale. Vi furon perciò delle forme diverse, la più semplice delle quali, comune alle consuetudini di Laon, di Reims ed altre, è stata descritta dal Loyseau in questi termini: « Il creditore esibisce al signore alto giustiziero il suo contratto portante ipoteca, e lo richiede che, per sicurezza del suo debito, sia investito per ipoteca del fondo, e che d'ora innanti non faccia alcun pegnoramento nè apossessamento se non a condizione della sua ipoteca. Il che dev'essere notato sul suo contratto, e registrato al giudicato del luogo (1)... » Ed il principio della pubblicità si era sì fortemente impiantato nelle abitudini di queste province che, quando lo editto del 1771, di cui ci occuperemo più particolarmente trattando della purgazione, volle abrogare, col suo art. 35, l'uso delle investiture e de' pignoramenti per acquistare ipoteca, le Corti di giustizia resisterono allo editto a causa di questo articolo e ne ricusarono la registratura. Citiamo innanzi tutto il Parlamento di Fiandra, le cui energiche rimostranze rammentate dal Treilhard in appoggio di questo principio della pubblicità di cui si mostrò il campione più risoluto nella discussione del Codice, dichiaravano che il Parlamento « riguardava la pubblicità delle ipoteche come il capo d'opera della saggezza, come il suggello, l'appoggio e la sicurezza delle proprietà, come un dritto fondamentale il cui uso aveva prodotto in tutt' i tempi i più felici effetti, ed aveva stabilito altrettanta fiducia per quanta facilità negli affari che i popoli belgi trattano tra loro. Con questa forma, aggiungeva il Parlamento, tutti gli oneri e le ipoteche eran messe allo scoverto; nulla era più agevole che di assicurarsi dello stato di ciascun immobile con la sola ispezione de' registri (2)... »

Ciò non è tutto; negli altri paesi tranne quelli di *saisine* e di *pegnoramento*, ossia nella più parte della Francia, ove la regola comune era la clandestinità, era troppo dannoso questo sistema perchè gl'inconvenienti ed i pericoli non ne fossero altamente denunciati. È uopo vedere ciò che ne diceva il Loyseau in un passaggio che abbiamo già citato in parte (*supra*, n° 668), quando, elevandosi ad un tempo contro la generalità e contro la clandestinità della ipoteca, mostrava come il pericolo era grande « rispetto ad un terzo acquirente di buona fede, il quale, credendo di essere ben sicuro di ciò che gli si vende, e che gli si mette in suo possesso, ben sapendo che apparteneva al suo venditore, sen veda alla fine evinto e privato, per una aventura inevitabile, mercè delle ipoteche precedenti, le quali essendo istituite segretamente, non gli era possibile di saperle nè di scovrirle (3). » Laonde furon fatti numerosi tentativi dal legislatore nello scopo di generalizzare il salutare principio che s'era introdotto nelle province di *saisine* e di *pegnoramento*. Il primo di questi tentativi rimonta allo editto del 1580, con cui Errico III creò in ciascuna sede reale un ufizio di controlloro de' titoli, per registrare tutt'i contratti che eccedessero cinque scudi di principale o trenta soldi di rendita prediale, con questa sanzione che in mancanza di controllo o di registro, gli atti non produrrebbero dritto di proprietà nè d'ipoteca. Se ne trova una seconda nello editto del 1606, con cui Errico IV volle riprodurre il mezzo stabilito dallo editto precedente, il quale non era stato in prima che incompletissimamente eseguito e tosto dopo fu rivocato. Infine, una terza, la più importante come la più notevole di tutte, in quanto, meglio e più sicuramente di alcun'altra, giungeva allo scopo, fu dovuta al genio di Colbert, e si formolò nello editto del 1673, il quale annunziava altamente, nel suo preambolo, « voler perfezionare, con una disposizione universale, ciò che talune consuetudini del regno avevan tentato di fare per la via delle *saisines* e de' *pegnoramenti*; » editto famoso che non ebbe allora se non un' esistenza effimera, ma che tuttavia organizzava il principio in un modo sì sicuro che i nostri legislatori moderni, volendo organizzarlo alla loro volta, non hanno avuto di meglio a fare, come si vedrà nel corso del nostro commentario, che di attingere a piene mani nelle sue disposizioni, e per certi riguardi ancora eran rimasti indietro fino alla legge recentissima del 23 marzo 1855, il cui art. 8 è venuto ancora a torre di peso dallo editto di Luigi XIV l'una delle sue felici ispirazioni che i redattori del Codice Napoleone avevano male a proposito trascurata (V. *infra* il commentario dello art. 2135).

Checchè ne sia, questi tentativi son rimasti tutti senza effetto; lo editto del 1580 fu rivocato nel 1588, otto anni dopo la sua pubblicazione; era rimasto ancora presso a poco inese-

(1) Loyseau (*Del Rilascio*, lib. 3, cap. 1, n° 33).— Arrogi: Lamoignon (*Decisioni*, tit. 2).
(2) V. la *Esposizione de' Motivi* di Treilhard (Fenet, t. XV, p. 451), Locré (t. XVI, p. 335).
(3) V. Loyseau (*ivi*, n° 16).

guito, non avendo gli uffizi potuto stabilirsi che in un numero infinitamente ristretto di località: lo editto del 1606 non fu accettato che in un solo Parlamento, quello di Normandia; infine, lo editto del 1673 cadde, l'anno dopo, innanzi ai pregiudizi dell'epoca, a' quali lo editto di rivocazione di aprile 1674 credè dover sacrificare; di tal che, per la generalità della Francia, l'ipoteca continuò a rimanere in questa condizione di clandestinità che portava al credito la lesione più funesta, fino alla legislazione transitoria, e massime fino alle leggi de' 9 messidoro anno 3 ed 11 brumaio anno 7, le quali proclamarono infine la pubblicità e ne fermarono il principio nel modo più assoluto. A questo principio ancora si è il Codice Napoleone rallegato, non senza però una vivissima resistenza, chè la causa della clandestinità aveva ancora al consiglio di Stato i suoi partigiani più risoluti (1); soccombè tuttavia, e la maggioranza del consiglio, attenendosi, sotto l'influenza del Primo Console, al progresso realizzato dalle leggi transitorie (2), à condannato alla sua volta la clandestinità, ed à detto, per principio generale, che oramai il dritto risultante dall'ipoteca non avrebbe valore ed efficacia se non a condizione di essersi rivelato. Ma è stato forse il Codice assoluto, su tal punto, quanto le leggi intermedie? Come, in quale misura, con quali mezzi, in quali vedute è stato organizzato il principio della pubblicità? Ciò appunto dobbiamo ora precisare nel commentario de' nostri articoli e di quelli che seguiranno.

II. — 725. Innanzi tutto, è uopo precisare l'oggetto stesso di questi articoli. Già sappiamo che l'ipoteca, al pari del privilegio sugli immobili, genera due dritti differenti, il dritto di preferenza ed il dritto di seguitar la cosa: il primo, dritto essenziale, che si esercita sul prezzo dello immobile ipotecato, e non concerne che i creditori tra loro; il secondo, dritto meno essenziale, ma tuttavia costituente l'una delle condizioni di efficacia dell'ipoteca, la quale si esercita sulla cosa medesima ed interessa particolarmente i creditori ne' loro rapporti co' terzi acquirenti (v. *supra*, n. 23 e 329). Or i nostri articoli, e quelli di cui si compone la nostra quarta sezione con cui si termina il capitolo speciale alle ipoteche, han per oggetto di regolare gli effetti della pubblicità per rapporto al primo di questi due dritti soltanto. Ciò risulta innanzi tratto dall'essere gli effetti del *dritto di seguitar la cosa* regolati da altre disposizioni del nostro titolo, da quelle del capitolo VI, che è comune a' privilegi ed alle ipoteche, e tratta *Dello effetto de' Privilegi e delle Ipoteche contro i terzi detentori* (v. *infra* il commentario degli art. 2166 e seg.): ciò risulta poi dal testo stesso de' nostri articoli, il primo de' quali (art. 2134), a cui si rallegano tutti quelli che lo seguono nella sezione, ci parla del grado della ipoteca *tra i creditori*, il che naturalmente limita l'oggetto di questi articoli al *dritto di preferenza*, il quale, in fatti, come abbiamo testè detto, non concerne che *i creditori tra loro*. Pertanto, la legge procede qui, in rapporto all'ipoteca, come à proceduto in rapporto al privilegio, ed abbiamo, per l'ipoteca specialmente, nella sezione di cui intraprendiamo ora il commentario, qualche cosa di corrispondente ed analogo a ciò che è, in rapporto a' privilegi sugli immobili, la sezione quarta del capitolo precedente, la quale regola pure la conservazione di questi privilegi al punto di vista del dritto di preferenza esclusivamente (v. *supra*, n. 251 e seg.).

In tutto ciò, d'altronde, il metodo della legge è d'una regolarità perfetta. Quando il dritto di seguitar la cosa è esercitato verso un terzo detentore, poco monta che il creditore che agisce sia privilegiato o ipotecario; tutt'i crediteri, qualunque sia la loro qualità, tendono ad uno scopo, che è sempre lo stesso, quello di ottenere dal terzo detentore, o che paghi tutti gl'interessi e capitali esigibili, o che rilasci lo immobile gravato, salvo il dritto di far vendere lo immobile in un termine prefisso, se il terzo detentore non sodisfa pienamente all'una di queste obbligazioni (art. 2166 e seg.): ecco perchè il privilegio e l'ipoteca han potuto esser riuniti in una disposizione comune quando si è trattato di regolare gli effetti della pubblicità al punto di vista *del dritto di seguitar la cosa*. Ma quando è esercitato *il dritto di preferenza*, gli è ben altrimenti. Il creditore privilegiato trova nella qualità medesima del suo credito una causa che lo rende più favorevole; e, purchè abbia reso pubblico questo privilegio al momento in cui è stato aperto il dritto, o per lo meno nel termine fissato dalla legge (ar-

(1) V. il primo Rapporto della sezione di legislazione presentato da Bigot—Préameneu (Fenet, t. XV, p. 229 e seg.), Locrè (t. XVI, p. 113 e seg.).

(2) V. Locrè (t. XVI, p. 192 e 193), Fenet (t. XV, p. 302 e 303).

ticoli 2108, 2109, 2110, 2111; v. *supra*; n. 255 e seg. 276 e seg., 297 e seg.), prende il primato sul creditore ipotecario, ancorchè costui avesse già resa la sua ipoteca pubblica quando il privilegio è nato e si è rivelato; chè il creditore privilegiato, che si è messo in regola, à il benefizio della massima. *Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa*, mentre che il creditore ipotecario à per sè soltanto la regola *Prior tempore, potior jure*: ecco perchè la divisione era necessaria per regolare gli effetti della pubblicità al punto di vista del *dritto di preferenza*.

Insistiamo su di ciò perchè su tal punto si producono, nella dottrina, delle inesattezze di linguaggio, che per certi riguardi alterano il merito stesso delle idee. Pertanto, talvolta si è cercato di fissare la estensione del nostro art. 2134 che ci parla del *grado* della ipoteca tra i creditori, con lo art. 2106 che parla dello *effetto* del privilegio (1); tal altra, si è andato più oltre ancora, e si è detto che, « alla stessa guisa che il *grado* del *privilegio* si stabilisce con la *data* della iscrizione, similmente lo art. 2134 fa dipendere la preferenza delle ipoteche dalla priorità della iscrizione (2). » Se così fosse, non si vede perchè il legislatore non avrebbe riunito i privilegi e le ipoteche quando à regolato gli effetti della pubblicità in quanto concerne il dritto di preferenza, come li à riuniti quando à trattato di questi effetti per rapporto al dritto di seguitar la cosa. Ma a buon dritto il legislatore procede altrimenti, e rinveniamo ancora nelle inesattezze che qui rileviamo la traccia di questi errori di dottrina, a cui à dato luogo la materia della conservazione de' privilegi, e che abbiamo rilevati nel nostro commentario degli articoli 2106 e seguenti. Senza ritornarvi ed insistervi più oltre, limitiamoci qui a dire che la legge è esatta nella sua espressione quanto lo è nella sua divisione; che la pubblicità dà il suo *effetto* al privilegio, nel senso che gli permette di prodursi e di reclamare, contro i creditori, il dritto di preferenza che gli attribuisce la qualità istessa o il favore del credito a cui è annesso; e che se talvolta il privilegio deve rassegnarsi a non prender *grado* che dal dì in cui è reso pubblico, gli è precisamente quando cessa di esser privilegio e degenera in ipoteca, in applicazione dello art. 2113, per manco di essersi manifestato nelle condizioni di tempo determinate dalla legge (v. n. 307 e seg.).

Posto ciò, ritorniamo a' nostri articoli, e riprendendo la pubblicità considerata come mezzo di assicurare il dritto di preferenza risultante dall' ipoteca, ricercheremo successivamente quali ipoteche debbono esser rese pubbliche, qual è il modo di pubblicità istituito dalla legge, e quali sono gli effetti della pubblicità.

III. — 726. Innanzi tratto, il principio è fermato rispetto a tutte le ipoteche in generale; lo art. 2134 ci dice, in fatti, che l'ipoteca, *sia legale*, *sia giudiziaria*, *sia convenzionale*, non à grado che dal dì della iscrizione presa dal creditore sui registri del conservatore. E tuttavia, per generale che sia nella espressione, la regola non è assoluta, sotto il Codice Napoleone, come lo era secondo la legge degli 11 brumaio anno 7. Quest' ultima legge, consacrando il principio della pubblicità, non faceva alcuna riserva; una disposizione comune a tutte le ipoteche, a quelle di cui la legge era la causa immediata come a tutte le altre, ed a cui non era derogato per alcuna disposizione ulteriore, esprimeva chiaramente che le ipoteche non esistevano che *salvo la iscrizione* (art. 3). Al contrario, secondo il Codice Napoleone, vi sono, nella categoria delle ipoteche legali, certe eccezioni che, annunziate dal nostro articolo stesso nella sua disposizione finale, si trovano indi effettuate e precisate nello art. 2135. In ciò, i redattori del Codice han preferito il sistema dello editto del 1673 a quello della legge di brumaio. Questo editto, dopo di aver espresso nel suo preambolo *che tutte le ipoteche sarebbero pubbliche*, aveva ammesso tuttavia che quella dello Stato su' beni de' fittaiuoli contabili, de' minori su' beni del loro tutore, delle mogli su' beni de' loro mariti, esisterebbe di pieno dritto e senza che fosse d'uopo di alcun registro per conservarlo (art. 56, 60). Senza andar più oltre in questa via delle eccezioni, il Codice vi si è tuttavia impegnato; ed abbiamo oggi ancora, certe ipoteche legali che sono esonerate dal principio della pubblicità: si è ciò che vedremo nel commentario degli articoli che seguiranno. Ma altre vi son sottomesse; tali sono le ipoteche dello Stato, delle comuni, de' pubblici stabilimenti. E precisamente perchè tutte le ipoteche legali non sono esonerate dalla pubblicità, ed anche perchè quelle che ne sono eccezionalmente esonerate godono di questo vantaggio in un modo affatto relativo (art. 2136 e seguenti, ed il commentario), il no-

(1) Ved. Persil, art. 2134, n° 1, Marion, n° 1028.

(2) V. anzitutto Troplong (n. 554).

altro art. 2134 procede regolarmente, fermando il principio in tesi generale, e come applicabile alle tre cause d'ipoteca enumerate e diffinite negli art. 2116 e 2117.

IV. — 727. Per la qual cosa, in tesi generale, le ipoteche, sia legali, sia giudiziarie, sia convenzionali, debbono esser rese pubbliche; e niuna à grado che a condizione di essersi rivelata, salvo, fra le ipoteche legali, quelle che sono state l'oggetto di una eccezione formale. Ma come e secondo qual modo si riveleranno le ipoteche?

Qui ancora la legislazione moderna si è visibilmente ispirata su' dati forniti dallo editto del 1673. Nel sistema di pubblicità quale questo editto aveva voluto istituirlo, eransi stabilite delle cancellerie di registro, nelle quali coloro che aveano delle ipoteche in virtù di qualunque titolo si fosse, contratti, sentenze, arresti, potevano formare e far registrare le loro *opposizioni* in una forma determinata dalla legge e prescritta a pena di nullità, (art. 12 e seg.). Pertanto, per questa via della *opposizione* doveano le ipoteche esser portate alla conoscenza dei terzi. Le leggi intermedie, e dopo di esse il Codice Napoleone, han sostituita la *iscrizione* all' *opposizione*; ma questa iscrizione da cui la opposizione è oggi sostituita, à lo stesso oggetto e tende allo stesso scopo; di tal che unicamente con questa iscrizione presa, come ci dice lo art. 2134, dal creditore sui registri del conservatore, nella forma e nel modo prescritti dalla legge, può l'esistenza dell'ipoteca esser rivelata a' terzi. Diremo, nel nostro commentario degli art. 2146, 2148 e seguenti, quali sono le formalità richieste perchè la iscrizione sia regolare. In quanto al presente, consideriamo la iscrizione in sè stessa e come l'istrumento della pubblicità.

728. A questo punto di vista, e poichè è l'istrumento della pubblicità, è uopo dire che con essa, e con essa soltanto, può l'ipoteca rivelarsi oggi utilmente; niun altro mezzo potrebbe pubblicarla, ed in qualunque modo l'esistenza d'una ipoteca pervenga a conoscenza de' terzi, questa ipoteca non è loro opponibile, una volta che la esistenza non ne è comprovata con una iscrizione presa sui registri del conservatore.

Ciò posto, ci è difficile di ammettere la soluzione consacrata da un arresto contro cui un ricorso per annullamento è stato invano diretto. Nella specie, erasi formato un contratto di sostituzione con atto notarile, mercè una rendita vitalizia costituita su ipoteca; e l'indomani, la sorella del costituente ricevè, secondo un altro atto notarile, facoltà di riscuotere anno per anno le annualità nello interesse del fratello, in favor del quale la rendita era costituita. I due atti erano stati stipulati nello studio di un notaio che aveva per primo giovane il fratello del costituito, il quale fratello avendo partecipato, nella sua qualità di primo giovane, alla redazione de' due atti, aveva avuto piena cognizione della costituzione d'ipoteca fatta a favore del costituente. Circa undici anni dopo, i beni ipotecati furon venduti, e siccome non erasi presa alcuna iscrizione dal sostituente, si trovò preceduto da tutti gli altri creditori iscritti, e tra gli altri dal fratello del sostituito, quello appunto che nella sua qualità di primo giovane aveva avuto parte alla redazione dell'atto di sostituzione ed il quale, avendo fatto al fratello un prestito di 3000 fr. molto dopo l'epoca a cui rimontava questo atto di sostituzione, aveva preso senza ritardo iscrizione per sicurezza di questa somma. — Malgrado il manco d'iscrizione a suo favore, il sostituente si presentò all'ordine e domandò la sua collocazione sostenendo da un canto che il credito del fratello del sostituito era simulato e frandolente, il che doveva farlo eliminare dall'ordine, e dall'altro, sussidiariamente, che il titolare di questo credito, avendo cognizione della esistenza de' dritti del sostituente, non poteva profittare della negligenza messa dal mandatario di quest'ultimo nel prendere iscrizione.

In queste circostanze appunto la Corte di Caen, senza soffermarsi al mezzo di frode e di simulazione, e dichiarando al contrario che a rigore potrebbe darsi che gli atti non fossero simulati, decise che la partecipazione che il fratello del sostituito aveva avuto all'atto di sostituzione l'obbligava a non far nulla che potesse paralizzare lo effetto dell'atto, e gl'interdiceva quindi di accettare per pegno beni che *egli sapeva essere ipotecati* al credito del sostituente, e di fare col debitore di questo credito altri atti il cui risultato doveva essere di annullare tutte le risorse che potevan garentire l'esecuzione del primo.

Questa decisione, lo abbiamo detto, è stata invano deferita alla censura della Corte suprema; questa Corte à creduto dover rigettare il ricorso, non a dir vero, con mezzi di dritto, ma fondandosi sull'essersi lo arresto impugnato pronunziato secondo un concorso di fatti e di circostanze la cui valutazione sovrana apparteneva a' giudici del merito (1). Tuttavia, anche sotto questo pun-

(1) V. Req., 7 dec. 1831 (Dev., 33, 1, 315).

to di, vista la soluzione non può esser approvata, e v' à qui ancora un caso da aggiungere a quelli ne' quali la Corte suprema ha male a proposito abdicato il potere che tiene dalla legge.

Indubitatamente, se i giudici del merito, attenendosi a' fatti di dolo e di frode che formavano il mezzo principale prodotto innanzi di essi, avessero deciso che gli atti erano dolosi e fraudolenti, e che per tal motivo il dritto del sostituente non poteva esser preceduto da quello del creditore che aveva commessa la frode, e che, avendo conosciuto l' esistenza di questo dritto, non doveva essere ammesso ad eccepire il manco d' iscrizione, la Corte di cassazione avrebbe ben potuto non vedere in ciò che una valutazione di circostanze, e rigettando, per tal motivo, il ricorso diretto contro lo arresto, lasciare permanente una soluzione che non avrebbe del resto fatto che respingere un creditore con la eccezione risultante da un dolo comprovato a suo carico. Ma sappiamo che questa posizione non è quella che i giudici del merito avevan presa. Se in prima avevan sembrato porre in dubbio la sincerità degli atti, avevan poi finito con riconoscere che in diffinitiva questi atti potevano ben esser sinceri e serii, e, soffermandosi allora al mezzo sussidiario che loro era sottomesso, avevan detto che la ipoteca consentita in favore del sostituente era la prima in data; che questa ipoteca, sebbene non iscritta, non era tuttavia ignorata dal creditore, il quale voleva farla eliminare, poichè costui aveva partecipato alla redazione del contratto di sostituzione con cui era stata costituita, e quindi quest' ultimo era senza dritto per domandare la sua collocazione a preferenza. Or v' era in ciò una violazione flagrante della legge, e si competeva al certo alla Corte suprema di reprimerla.

La violazione era in effetti flagrante; chè nulla, ripetiamolo, può supplire la *iscrizione* considerata come mezzo di manifestare agli occhi de' terzi l'esistenza d'un' ipoteca; ed è un disconoscere il pensiero istesso della legge, un distruggere la sua economia, ed un andar manifestamente contro la supposizione del nostro art. 2134, l'opporre ad un creditore che eccepisce il manco d'iscrizione la cognizione che avesse avuta personalmente della costituzione d'ipoteca. Quando la iscrizione non è stata presa, l'ipoteca manca del suo elemento essenziale, che è la pubblicità; ed anzi per coloro che ne conoscono l'esistenza è senza valore, perchè è *legalmente* ignorata. È rincrescevole che la Corte di Caen abbia potuto giudicare il contrario, senza che la sua decisione, deferita alla Corte suprema, fosse stata censurata. A parer nostro, la Corte di Brusselle si è meglio ispirata de'principî quando, in una specie in cui di due creditori ipotecarî l'uno aveva trascurato d'iscrivere la sua ipoteca, à ricusato di riconoscerne la esistenza a danno dell' altro che s'era iscritto, sebbene costui avesse avuta cognizione piena ed intiera dell'ipoteca conferita al primo con lo avviso che ne aveva ricevuto dal debitore comune (1). In ciò sta la verità giuridica; e se si pensa a tutto ciò che nel manco del segno legale stabilito per manifestare l'ipoteca, potrebbe suscitare imbarazzi, discussioni, controversie, il punto sì incerto di sapere se qualche circostanza particolare si è prodotta o no che abbia fatto conoscere l'esistenza dell'ipoteca, si riman convinto che non v' à eziandio di possibile che la soluzione consacrata dalla Corte di Brusselle.

729. Pertanto l'ipoteca non può ricevere la sua efficacia *rispetto a' terzi* che dalla iscrizione presa dal creditore su' registri del conservatore, nella forma e nel modo prescritti dalla legge. È uopo conchiudere da ciò che tutt'i creditori indistintamente, anche i creditori chirografarii, possono opporre il manco d'iscrizione. Ciò sembra tuttavia aver mossa delle difficoltà. Non si è mai, al certo, contestato a' creditori ipotecarii il diritto di respingere dall'ordine un altro creditore ipotecario come essi, ma la cui ipoteca non fosse stata iscritta o fosse stata iscritta irregolarmente. Ma ciò che, nell' origine del nostro nuovo regime ipotecario, sembra essere stato contestato, è il dritto de' creditori chirografarii nello eccepire il manco o la nullità di una iscrizione ipotecaria e nel prevalersene per pretendere che il creditore la cui ipoteca è così destituita delle eccezioni necessarie alla sua efficacia è ridotto, come essi medesimi, a non avere su'beni del debitore comune che il dritto di pegno generale risultante dagli art. 2092 e 2093. Si sosteneva che l'ipoteca essendo assolutamente indipendente dalla iscrizione in quanto alla sua esistenza, doveva indursene che il creditore ipotecario à necessariamente, nonostante la mancanza di ogni iscrizione, un vantaggio su'creditori semplicemente chirografarii; che se l' iscrizione può aver dell'utilità, gli è soltanto al punto di vista

(1) V. Brusselles, 6 giugno 1808 — *Junge* Troplong n. 569.

del dritto di preferenza e per la fissazione di un grado tra'creditori ipotecarii; ma che i chirografarii non avendo nè preferenza nè grado da reclamare, in virtù della iscrizione, debbon cedere il passo a colui il quale, rispetto ad essi almeno, attinge il suo dritto ed il suo vantaggio nel solo fatto della esistenza d'una ipoteca a favor suo.

Tuttavia questa teoria è stata bentosto abbandonata; ed in effetti non poteva sostenersi. Che l'ipoteca non sia nella iscrizione, e che sia, in quanto alla sua esistenza, assolutamente indipendente dalla iscrizione, è di ogni evidenza, e ritorneremo bentosto su di ciò occupandoci degli effetti dell'iscrizione. Ma non è men vero che, nel sistema della legge, non v'à ipoteca, *rispetto a'terzi*, allo infuori di quelle iscritte su'registri del conservatore, salvo la eccezione relativa a certe ipoteche legali. Dalla iscrizione adunque, il ripetiamo, trae la ipoteca la sua efficacia rispetto a'terzi; e quindi tutti i terzi, quali essi sieno, chirografarii come qualunque altro, possono opporre il manco d'iscrizione. Ciò appunto la Corte di cassazione à riconosciuto in diverse fiate, in termini tali che ogni controversia è oramai cessata (1). Ai termini dello art. 2092, à essa detto, chiunque si è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le sue obbligazioni sui suoi beni mobili ed immobili; e, secondo lo art. 2093, i beni del debitore sono il pegno comune de' suoi creditori, e se ne distribuisce il prezzo tra essi per contributo, salvo che vi sieno delle cause legittime di preferenza, ossia de'privilegi o delle ipoteche. Ma queste cause non divengono legittime che quando il creditore che vuole prevalersene à osservata la formalità prescritta per rendere la sua ipoteca o il suo privilegio efficace rispetto a'terzi. Or la legge non dice in niun luogo che l' inosservanza di questa formalità, che è la iscrizione, o la nullità che fossesi commessa adempiendola, non deve esser proficua che a'creditori ipotecarii del debitore. Lungi da ciò: questa formalità tende alla pubblicità, che è la base fondamentale del nostro regime ipotecario; e come l'oggetto di questa pubblicità è di avvertire tutti coloro che vi possono avere interesse che il pegno è assorbito già in tutto o in parte, è uopo conchiudere che, nel caso di non iscrizione o d' iscrizione nulla dal canto de'creditori privilegiati o ipotecarii, si rientra di dritto nella disposizione degli art. 2092 e 2093, e che tutti creditori del debitore comune, senza distinzione tra i chirografarii e gl'ipotecarii che ànno omessa la formalità prescritta, debbono venire per contributo e sul prezzo provvenuto dalla vendita. Tale è la regola; e niuno la contesta più oggi.

730. Ma aggiungiamo che, se il manco o la nullità della iscrizione può opporsi al creditore ipotecario da tutt' i terzi qualichessieno, non potrebbe opporglisi egualmente dal debitore da cui emana la costituzione d'ipoteca. La pubblicità non è istituita nè per costui nè nel suo interesse. In qualche caso particolare abbiamo ammesso il debitore medesimo ad eccepire le nullità del contratto rispetto al creditore; gli è quando l' ipoteca essendo conseutita contro le prescrizioni formali o i divieti espressi della legge, la nullità affetta la convenzione medesima, la colpisce nella sua sostanza, e la riduce a non essere: l' ipoteca della cosa altrui ci à fornito un esempio di queste nullità essenziali di cui posson prevalersi, senza eccezione, nè riserva, tutti coloro a cui la convenzione è opposta (v. *supra* n° 630). Ma quando l'ipoteca è regolarmente consentita, quando è valida per sè stessa, quando à un'esistenza che non può essere contestata *in dritto*, non potremmo ammettere che colui che l'à conferita possa eccepire che il dritto ipotecario, completo in sè stesso, manchi della condizione estrinseca che sola può dargli la sua efficacia rispetto a'terzi. Non appartiene al debitore lo eccepire l' inadempimento di questa condizione, che non è fatta per lui, che non lo interessa precisamente; e se tentasse di prevalersene, allora con ogni ragione gli si opporrebbe il principio che colui che deve garentire non può evincere. La Corte di cassazione è entrata pienamente in queste idee quando à deciso che il proprietario di un immobile, il quale dopo di averlo venduto, lo fa ipotecare dal suo acquirente, non può, a causa di questa ipoteca, esercitare alcun dritto rispetto a' creditori che avevan presa delle iscrizioni contro di lui nel tempo che era investito della proprietà: e specialmente, che non può prevalersi del non rinnovamento decennale dell'una di queste iscrizioni, per farne risultare la priorità della sua propria ipoteca (2).

Senza insistere più oltre su queste osservazioni, che spiegano abbastanza come l'*iscrizione* è oggi l'istrumento necessario della pub-

(1) V. Ric., 19 dec. 1809; Rig., 11 giug. 1817. — *Arrogi*; Pau, 23 giug. 1816. — V. pure Tarrible (*Rep.* v° Iscrizione, ip., § 2), Grenier (t. I, n° 60), Persil (art. 2134, n° 1), Dalloz (p. 223, 2° 2) Troplong n° 568, Martou n° 1038.

(2) V. 24 luglio 1834 (Dall. 53, 1, 396; *I. P.* 1857 p. 474).

blicità, e permettano di riconoscere chi sono coloro a cui appartiene di prevalersi del manco d'iscrizione, passiamo agli effetti che produce la iscrizione quando è stata regolarmente presa.

V. — 731. A tal proposito, è uopo riportarsi ancora allo editto del 1673. Lo art. 21 di questo editto diceva che « i creditori le cui opposizioni saranno state registrate saran preferiti, sugli immobili su' quali avran formate le loro opposizioni, a tutti gli altri creditori non opponenti, sebbene anteriori e privilegiati. » Il nostro articolo 2134 ci dice egualmente, e nello stesso spirito, « che *tra creditori* l'ipoteca, sia legale, sia giudiziaria, sia convenzionale, non *à grado che dal dì della iscrizione* presa dal creditore su' registri del conservatore. . . »

Pertanto, l'iscrizione non fa l'ipoteca; ne è assolutamente indipendente. L'ipoteca, come dice il Grenier (1), è nella ipoteca stessa; *esiste*, sia per effetto della stipulazione quando è convenzionale, sia per opera della legge o in virtù delle sentenze o degli atti giudiziarii quando è legale o giudiziaria. Ma è come se non esistesse, almeno rispetto a'terzi, fino a che non à ricevuto la pubblicità con la iscrizione (salvo beninteso, ciò che abbiamo già indicato, per ritornarvi ampiamente sotto lo art. 2135, in rapporto a certe ipoteche legali). Fin qui, l'ipoteca, per regolare che sia nella sua costituzione o nella sua esistenza, non è che un dritto inerte. L'iscrizione è dunque una condizione estrinseca la quale, per indipendente che sia dall'ipoteca medesima, le è tuttavia indispensabile, in quanto la completa, o le dà la vita attribuendole il dritto di *prender grado* tra'creditori, e di prodursi in *realtà ed in fatto* ciò che è *in dritto*, ossia come una *causa legittima di preferenza* (art. 2094).

Si vede da ciò qual è il pensiere della legge. Tosto che la iscrizione istituita per porre l'ipoteca in azione, à per effetto di darle il suo *grado di preferenza*, ne segue che nè alla qualità del credito, nè alla data del titolo è uopo riferirsi per classificare il creditore ipotecario iscritto. Per favorevole che sia il credito ed a qualunque data rimonti il titolo, il creditore non avrà e non potrà aver mai grado che alla data della sua iscrizione. Ancorchè il suo titolo fosse il primo, ed il suo credito fosse il più favorevole, sarà l'ultimo se la sua ipoteca è l'ultima iscritta; e non potrà tampoco venire a concorrere con creditori iscritti prima di lui, perchè il dritto, che riceve la sua efficacia dalla iscrizione è un dritto di *preferenza*, e non un dritto di *concorso*; un dritto, quindi, che si esercita privativamente sul prezzo del pegno, e non lo lascia alle collocazioni ulteriori che dopo che è esso stesso completamente soddisfatto.

Precisiamo la idea con una ipotesi. Paolo à un immobile su cui à conferito diverse ipoteche: l'una nel 1850 a Pietro; l'altra nel 1851 a Giuseppe; una terza, nel 1852 a Giacomo. L'immobile è venduto, e si trova che nè Pietro, nè Giuseppe, nè Giacomo ànno presa iscrizione. Si procederà come se non fossesi costituita alcuna ipoteca; chè, per mancanza d'iscrizione le ipoteche restano allo stato di dritto inerte, ed i creditori ipotecarii concorreranno sul prezzo dello immobile, senza escludere anche i creditori chirografarii che Paolo potesse avere, ed a'quali, come abbiamo poc'anzi detto, l'ipoteca *non iscritta* non può opporsi (v. n° 729).

Supponiamo ora che un solo de' creditori abbia preso iscrizione, costui, fosse anche Giacomo, il cui credito è l'ultimo in titolo, eserciterà da solo il suo dritto ipotecario, perchè solo lo à completato con lo adempimento della condizione estrinseca che sola poteva porlo in movimento; sarà dunque pagato, in preferenza dello ammontare del suo credito in principale ed accessorii, ed il resto del prezzo dello immobile, se ne rimane, apparterrà agli altri creditori di Paolo, senza distinzione fra i due creditori ipotecarii non iscritti ed i creditori semplicemente chirografarii; tutti concorreranno, ed in prorata, sul dippiù del prezzo.

Supponiamo infine che i tre creditori ipotecarii abbian preso iscrizione in date differenti, il primo iscritto, fosse pur l'ultimo per il titolo del suo credito, sarà pel primo pagato in totalità del suo credito, principale ed accessorii; e se il prezzo non è assoluto, ciò che ne rimarrà sarà attribuito al creditore iscritto il secondo, il quale, alla sua volta, sarà pagato in totalità sul resto, e lascerà lo eccedente, se ve n'à, per far fronte al credito di colui che à presa iscrizione il terzo.

Tali sono le regole.

732. Si domanda se queste regole debbano seguirsi in rapporto alle ipoteche generali affettanti ad un tempo i beni presenti e futuri del debitore.

Quali debbon seguirsi, in quanto a' beni presenti, ossia a quelli che esistevano al momento in cui è nata l'ipoteca, e che han dovuto essere specializzati nella iscrizione, non è neppur quistionabile: non v' à alcun mo-

(1) V. Grenier (t. I, n. 60. — *Arrogi*: Troplong (n. 560.)

tivo, in effetti, perchè la iscrizione agisca, quando cade su più immobili determinati, diversamente da come agisce quando non cade che su di un solo.

La difficoltà non è mossa che in rapporto a' beni acquisiti dopo nata l'ipoteca, e che vengono ad aggiongersi a quelli che il debitore aveva al momento in cui è nata l'ipoteca e ch' essa à' affettati.

Abbiamo trattata questa quistione più innanzi in quanto concerne l'ipoteca giudiziaria (v. n. 596), ed abbiamo dimostrato che sonovi de' beni futuri colpiti da questa ipoteca come de' beni presenti del debitore; che sono colpiti dal di stesso *in cui l'ipoteca è stata iscritta*; che, indubitatamente, il pegno del creditore inscritto non può accrescersi di questi beni futuri che in proporzione degli acquisti, ma ahe allo istante istesso in cui sono acquisiti, l'iscrizione sen' impossessa e vi si affigge retroattivamente al dì in cui è stata presa, di tal che, anche in rapporto a questi beni, la iscrizione dà al creditore, non un dritto di *concorso* con tutti quelli che si sono iscritti ancora prima dello acquisto, ma on dritto di *preferenza* su tutt' i creditori dello acquirente iscritti dopo di lui.

Ciò che abbiamo detto dell'ipoteca giudiziaria è uopo dirlo egualmente dell' ipoteca legale soggetta ad iscrizione. Sotto l'antica giurisprudenza, che attribuiva il carattere della generalità alle ipoteche annesse di pieno dritto all' atto notarile, era la dottrina presso a poco unanime. Il Pothier, che ha riassunta la opinione comune, si è spiegato in questi termini: « Ho contratto diverse obbligazioni con tre differenti creditori in diverso tempo, sotto l'ipoteca de' miei beni presenti e futuri, ed ò indi acquistato un certo fondo: questi tre diversi creditori concorreranno essi all' ipoteca su questo fondo, o verranno secondo l'ordine delle date de' loro contratti? Sembrerebbe che dovessero concorrere; chè questi tre diversi creditori hanno acquisito tutti tre le ipoteche su questo fondo nello stesso istante, cioè al tempo dello acquisto fattone; non avendo potuto acquistarlo più presto, *concurrunt tempore*, e, quindi, sembrano avere un dritto eguale . . . Nonostante queste ragioni, la giurisprudenza è costante fra noi che questi creditori non debbon concorrere, ma debbono essere collocati secondo l'ordine delle date del loro contratto. La ragione è che il debitore, contrattando col primo creditore, sotto l'ipoteca de' suoi beni futuri, si è interdetto il potere di ipotecarli ad altri, a danno di questo primo creditore; quindi, sebbene questi creditori acquistino il dritto d'ipoteca nello stesso istante, il primo è tuttavia preferibile al secondo, ed il secondo al terzo, perchè il debitore non à potuto accordare ipoteca a questo secondo creditore, nè questo secondo creditore acquistarne, che su ciò che rimarrebbe dopo il credito del primo acquirente; e lo stesso è a dirsi del terzo rispetto al secondo (1). »

Si è lo avviso che bisogna seguire oggi ancora: si deduce logicamente da quest' altra idea, esposta poc' anzi in occasione della ipoteca giudiziaria (n. 598), ed applicabile del pari alla ipoteca legale soggetta ad iscrizione, che la iscrizione à per effetto di assicurare il dritto ipotecario, non solo sugli immobili presenti, ma eziandio sugl' immobili futuri, senza che abbia d' uopo di essere rinnovata su questi ultimi immobili a misura che entrano nel dominio del debitore. Non potremmo adunque conformarci alla opinione del Persil, il quale, dopo aver ammessa quest' ultima idea nelle sue quistioni, sostiene poi, nel suo *Regime ipotecario*, che questa iscrizione la quale non à d' uopo di esser rinnovata, non dà tuttavia al creditore che l' à presa altro dritto, in rapporto agli immobili nuovamente acquistati, che quello di concorrere con gli altri creditori iscritti come lui, prima dello acquisto, ma ad una data più recente di quella in cui si è iscritto egli stesso (2).

Ciò è evidentemente contraddittorio. Tostochè si ammette in principio (il che non è stato contestato d'altronde che dal Tarrible, la cui opinione, come abbiamo veduto al n. 598, è stata unanimemente rigettata) chè una sola iscrizione colpisce virtualmente tutti gl' immobili del debitore situati nella estensione dell' uffizio ove è fatta, non solo quelli che il debitore possiede alla nascita del dritto ipotecario, ma eziandio quelli che acquista poi, è forza ammettere che questa iscrizione agisce nella stessa guisa sulle due categorie d' immobili, realmente circa gl' immobili presenti, in quanto son colpiti allo istante istesso in cui la iscrizione è pre-

(1) V. Pothier (Dell' Ipot., n. 34). — *Arrogi*: Basnage (cap. 5), d' Héricourt (Vendita degli immobili, cap. 11, sez. 2, n. 15). — Guy Coquille era tuttavia di un avviso contrario, riconoscendo pure che urtava in ciò la dottrina ricevuta. (Cons. del Nivernese, cap. 7, art. 10).

(2) V. Persil (Quist., t. 1, cap. 6, § 7; *Reg. ip.*, art. 2121, n. 7). — Arrogi: Delvincourt (t. III, p. 165, n. 6), Bugnet, su Pothier (ivi).

sa, e fittiziamente circa gl' immobili futuri, in quanto vengono ad allogarsi sotto l'iscrizione ed alla sua data, in proporzione degli acquisti. Lo errore della dottrina contraria è di aver supposto che, nel caso d'ipoteca generale, lo acquisto fa l'ipoteca in quanto a' beni futuri: evidentemente l'ipoteca à esistito, anche in rapporto a questi beni, prima dello acquisto; à esistito sotto questa condizione al certo, che si sarebber fatti degli acquisti; ma tostochè la condizione si è effettuata, à prodotto il suo effetto retroattivo, il quale, per ciascun creditore à fissato la data della sua ipoteca al dì in cui era stata vivificata con l'iscrizione. Così appunto, quando io ò un'ipoteca affettante ad un tempo i beni presenti e futuri del debitore, l'iscrizione che ò presa mi procura sul prezzo de' beni che il debitore potrà acquistare, non meno che su quelli de' suoi immobili presenti, un dritto di *preferenza* rispetto a tutt' i creditori la cui ipoteca, fosse pur più antica per data della mia, si fosse prodotta su' registri del conservatore sol dopo la mia iscrizione (1).

733. Tuttavia, ciò che diciamo rispetto all' ipoteca legale ed all' ipoteca giudiziaria, ossia delle ipoteche la cui generalità procede dalla volontà della legge, non bisognerebbe dirlo rispetto all' ipoteca la coi generalità procedesse dalla convenzione. Vogliam parlare dell' ipoteca conferita nel caso eccezionale dello art. 2130, quando il debitore, i cui beni presenti erano insufficienti per la sicurezza del credito, à consentito, dando ipoteca su questi beni, che ciascuno di quelli che acquisterebbe in seguito rimanesse affetto alla sicurezza del credito a misura degli acquisti. Abbiamo poc' anzi stabilito che, in questo caso, il dritto ipotecario non può esercitarsi su' beni pervenuti al debitore dopo la convenzione che mercè una iscrizione speciale presa su ciascuno di questi beni nominativamente ed a misura che giungono nel patrimonio del debitore (v. n. 685). Il creditore adunque il quale, in questa ipotesi, non avesse altra iscrizione tranne quella presa su' beni presenti al momento della convenzione, sarebbe considerato, in quanto ai beni acquisiti poi, come se non avesse ipoteca. L'iscrizione primitiva à un oggetto determinato; vivifica il dritto ipotecario assicurando al creditore il suo grado sugli immobili presenti che tocca specialmente; ma è senza effetto in quanto agli altri beni i quali, non esistendo ancora nel patrimonio del debitore al momento in cui è stata presa, non han potuto esservi specializzati.

734. In tutto ciò che precede, ci siamo occupati dello effetto della iscrizione tra creditori iscritti a date differenti. Ma supponiamo che siansi prese più iscrizioni alla stessa data, ossia lo stesso giorno, come si farà la collocazione? Il caso è preveduto dallo art. 2147, che i redattori del Codice han posto nel capitolo relativo *al modo della iscrizione de' privilegi e delle ipoteche*, ed il quale sta meglio allogato nella nostra sezione, poichè si tratta qui ancora di regolare *il grado che le ipoteche han tra loro.*

Come dunque è regolato il grado nel caso proposto? Il nostro art. 2147 ci dice a tal riguardo che tutt' i creditori iscritti lo stesso giorno eserciteranno in concorrenza una ipoteca della stessa data, senza distinzione tra la iscrizione del mattino e quella della sera, quand anche questa differenza fosse notata dal conservatore. Un tempo, ed all'epoca delle discussioni di cui la riforma del regime ipotecario è stato l'oggetto nel seno dell' assemblea legislativa, si era proposto di modificare questa regola sì ragionevole e giusta, tolta di peso da' redattori del Codice agli usi seguiti sotto lo impero della legge degli 11 brumaio anno 7. Si era voluto dar la preferenza, anche nel caso in cui più creditori si fossero presentati lo stesso dì alla conservazione delle ipoteche, a colui che il primo vi avesse fatto il deposito de' suoi titoli. Questo pensiero era stato accolto nel progetto del governo, e l'assemblea legislativa vi aveva essa medesima acceduto stabilendo un sistema che si riassumeva in una serie di numeri co' quali la priorità doveva esser fissata in tutt' i casi, ed anche in quello che prevede il nostro articolo. Ma lo esame fece riconoscere che sarebbe stato un abbandonar la quistione di preferenza, in quest' ultimo caso, a numerevoli eventualità di errori, e forse un farla dipendere dalla compiacenza del conservatore, o anche da quella degli agenti; e si ritornò al sistema del nostro articolo, sistema eminentemente equo, e meno di alcun altro suscettivo d' inconvenienti. Pertanto, quando più iscrizioni prese nello stesso giorno portano la medesima data, i creditori che han richiesto queste iscrizioni hanno un dritto eguale tra loro; concorrono sul prezzo che deve loro attribuirsi allo stesso grado ed in prorata del loro credito.

735. La legge non fa a tal riguardo al-

(1) V. Grenier (t. I, n. 52); Battur (t. II, n. 370), Dalloz (p. 224, n. 15).

cuna differenza a favore di quelle ipoteche legali le quali, tuttochè date dalla legge, son soggette all' iscrizione e che si trovassero in concorso con altre ipoteche. Il Grenier si è dunque posto in un punto di vista affatto arbitrario, che è stato giustamente rilevato da tutti gli autori, quando à detto che, per rapporto a tali ipoteche, v' à luogo a riflettere che debbono ottenere la preferenza su di un'ipoteca ordinaria, malgrado il concorso di data della iscrizione (1). Invano il Grenier allega che « tutte le ipoteche legali quali si sieno han sempre avuto, nel principio, una causa differente dalle ipoteche ordinarie, la quale à fatto loro attribuiro il favore della legalità e la generalità; che questa causa rientra nella natura del privilegio, la quale deve far accordare a queste ipoteche una preferenza sulle ipoteche ordinarie, quando non si tratta che di un vantaggio relativo ad un semplice concorso di date; ed infine, che non può esservi luogo a concorrenza sul prezzo, se non quando le iscrizioni della medesima data àn tutte per oggetto delle ipoteche speciali, o delle ipoteche generali diverse dalle ipoteche legali, ossia le ipoteche antiche o le ipoteche giudiziarie. » Nulla autorizza una simile distinzione: essa è in contraddizione manifesta con lo art. 2134 il quale, dicendo che l' ipoteca non à grado che alla data della iscrizione, ferma la regola per l' ipoteca *legale* nominativamente, come per le altre. E siccome il nostro art. 2147 non è del resto che la conseguenza ed il complemento dello art. 2134, è uopo dire che la disposizione ne è egualmente generale e non comporta alcuna disposizione al pari di quella dello art. 2134. Si è l'opinione di tutti gli autori (2).

736. Con più ragione rigettiamo un'altra eccezione che il Grenier fa in favore de' privilegi degenerati in ipoteche nel caso preveduto dallo art. 2113. L'autore invoca qui per tutta ragione « che lo art. 2147 non suppone che lo esercizio in concorrenza d'una *ipoteca* della medesima data. » E questa ragione ancora condanna la soluzione poichè precisamente, secondo la disposizione espressa dello art. 2113, il privilegio, nel caso preveduto, cessa di esser privilegio e si trasforma in un' *ipoteca*.

2135. [2021] — L'ipoteca esiste indipendentemente da ogni iscrizione,

1. A favore de' minori ed interdetti, sugli immobili appartenenti al loro tutore, a causa della sua gestione, dal dì dell' accettazione della tutela;

2. A favore delle mogli, per ragion delle loro doti e convenzioni matrimoniali, sugli immobili del loro marito, ed a far tempo dal dì del matrimonio.

La moglie non à ipoteca per le somme dotali che provengono da successioni scadutele, e da donazioni ad essa fatte durante il matrimonio, che a far tempo dall' apertura delle successioni o dal dì che le donazioni ànno avuto il loro effetto.

Non à ipoteca per l' indennità de' debiti che à contratti col marito, e pel reimpiego de' suoi proprii alienati, che a partire dal dì della obbligazione o della vendita.

In alcun caso, la disposizione del presente articolo non potrà pregiudicare ai dritti acquisiti ai terzi prima della pubblicazione del presente titolo. (a)

SOMMARIO.

I. La legge fa eccezione al principio che la iscrizione determina il grado tra le ipoteche in favore della ipoteca legale de' minori e degli interdetti e di quella delle donne maritate. Questa eccezione, sovente censurata, à trionfato sempre degli attacchi diretti contro di essa, perchè trova la sua giustificazione piena ed intiera nella situazione medesima di quelli a cui giova.

II. Questa disposizione del Codice Napoleone è contraria al principio della legge di brumaio, la quale, sotto il rapporto che ci occupa, avea posto tutte le ipoteche legali sulla stessa linea delle altre ipoteche; ma non à potuto stabilirsi che sotto la riserva de' dritti acquisiti a terzi prima della pubblicazione del titolo dell' ipoteche: è la disposiziona finale del nostro articolo, il quale à avuto in ciò in mira di troncare le difficoltà di applicazione, che potava far nascere il passaggio dall' una all' altra legislazione. — Quistioni transitorie.

III. L' eccezione consiste in questo che l' ipoteca, in luogo di avere il suo grado alla data di una iscrizione che per la conservazione dei dritti dei minori, degli interdetti e delle donne maritate, non è essenziale, prende data ad un' epoca che il legislatore medesimo ha fissata.

IV. In quanto concerne la ipoteca del minore o dello interdetto, è il giorno dell' accettazione della tutela, o piuttosto quello in cui incomincia la responsabilità del tutore; e questa data è la stessa invariabilmente, quali che sieno le epoche

(1) V. Grenier (t. I, n. 88).

(2) V. Tarrible (Rep., v° Iscriz.). Dalloz (ivi, p. 225, n. 48). Troplong (n. 664). Martou (n. 1033), Zachariae (t. II, p. 220, nota 10).

(a) Nell art. 2021 LL. CC. alle parole « prima della pubblicazione della presente legge » sono sostituite queste: « prima dell' epoca del dì 1° gennaio » 1809 pel dominii al di qua del Faro, e prima della » pubblicazione delle presenti leggi pei dominii al » di là. » L. L. G.

in cui prendon nascimento i diversi crediti del minore o dello interdetto sul tutore

V. In quanto concerne l' ipoteca della donna maritata, l'epoca era stata pur fissata in un modo invariabile, nel primo pensiere della legge, per tutti i rimborsi che la moglie può avere da esercitare contro il marito ma questo punto è stato modificato nella discussione, ed il grado della ipoteca è stato fissato a date che variano, avuto riguardo alla causa de'crediti, ma tuttavia secondo un principio comune che il solo fatto di amministrazione del marito può esser la causa generatrice della ipoteca della moglie.

VI. Continuazione — Per la qual cosa, 1° per ragione della dote e delle convenzioni matrimoniali, l'ipoteca esiste a far tempo dal dì del matrimonio o che vi sia un contratto di matrimonio, o che i coniugi si sien maritati senza contratto. L'opinione di coloro che pensano che quando vi è stato contratto l'ipoteca rimonta alla data dell'atto notarile, dev' essere rigettata.

VII. Continuazione — 2° Per le somme dotali provvenienti alla moglie da successioni o da donazioni, a contare dall'apertura delle successioni o dal dì che le donazioni hanno avuto il loro effetto.

VIII. Continuazione — 3° Per l'indennità de' debiti contratti col marito a contare dal dì della obbligazione, e pel reimpiego de' propri alienati dal dì della vendita. Ma in quest' ultimo punto, la regola è propria al caso in cui la moglie è maritata in comunione; se si trattasse della vendita di un immobile dotale, l'ipoteca rimonterebbe retroattivamente alla data del matrimonio, salvo il caso in cui l'alienazione fusse stata fatta dal marito in violazione del contratto di matrimonio, ossia senz'autorizzazione quando la vendita doveva essere autorizzata — Controversia.

IX. Continuazione — 4° In quanto a' crediti che non sono menzionati nello art. 2135, come le somme provvenienti alla moglie a causa di azioni rescissorie, di indennità di degradazioni, ecc., rimborsi fatti al marito, e crediti parafernali, ecc., è uopo seguire, per analogia, le distinzioni che precedono. — Sviluppi

X. Continuazione — Del resto l'eccezione è personale alla donna maritata; non profitta più a' creditori cho la moglie avesse surrogati nella sua ipoteca legale. Oramai, la surrogazione dev' essere resa pubblica, a' termini dello art. 9 della legge del 23 marzo 1855 sulla Trascrizione. — In qual forma? *Delle menzioni di surrogazione*: censura di un arresto recente con cui queste menzioni sono invalidate — Qual è l' oggetto della pubblicità? — Quali ne sono gli effetti? L'iscrizione presa dal surrogato in suo nome o a suo favore profitta a lui solo. Non profitta nè alla moglie nè agli altri creditori surrogati. — Discussione.

XI. Tali sono le eccezioni fatte dalla legge al principio che tra' creditori l'ipoteca non ha grado che dal dì della iscrizione. Tuttavia questo favore della legge, la cui causa è lo stato d'incapacità o di subordinazione di coloro a cui profitta, non si distende al di là di questo stato di subordinazione o d'incapacità. Innovazione introdotta a tal riguardo dallo art. 8 della legge del 23 marzo 1855. — Commentario e sviluppo.

I. — 737. Lo articolo precedente, istituendo il principio della pubblicità per tutte le ipoteche, stabilendo la *iscrizione* sui registri del conservatore come l'istrumento necessario di questa pubblicità, e formulando, a titolo di sanzione, che solo dal dì della *iscrizione* dà l'ipoteca il suo grado tra' creditori, lo articolo precedente ci annunziava certe eccezioni. Queste eccezioni appunto il nostro articolo menziona e consacra; esse riguardano l'ipoteca legale, e concernono specialmente quella de' minori ed interdetti, e quella delle donne maritate; l'ipoteca che hanno di pieno dritto, gli uni sugli immobili del tutore, l'altra sugli immobili del marito, esiste a favor loro *indipendentemente da ogni iscrizione*: son queste le stesse espressioni del nostro articolo.

Pertanto, per principio, le ipoteche, sia legali, sia giudiziarie, sia convenzionali, debbono esser rese pubbliche secondo il modo e nella forma indicati dalla legge, senza di che sono, nelle mani del creditore, un dritto assolutamente inerte; ma, per eccezione fra le ipoteche legali, quella de' minori ed interdetti e quella delle donne maritate, possono non esser pubbliche e non lasciar di godere delle loro prerogative; ed aver pur sempre tutta la loro efficacia.

738. In ciò anzitutto la teoria della legge è stata vivamente censurata. Si è talvolta oppugnato, lo abbiamo veduto poc'anzi, il principio istesso della ipoteca legale; e, spingendo il radicalismo alla sua più alta espressione, si è detto che, in un regime ipotecario bene inteso, non dovrebb'esservi altra ipoteca riconosciuta ed ammessa, tranne quella che procede dalla convenzione, questa essendo la sola ipoteca *vera*. Ma siffatta dottrina, che abbiamo già valutata, e su cui non dobbiamo più tornar sopra (v. *supra* n. 423), à pochi adepti, e particolarmente contro il nostro articolo, mercè cui i dritti ipotecarii de' minori, degli interdetti e delle donne maritate sfuggono alla regola comune della pubblicità, à questa dottrina diretto la sua censura. Fare della pubblicità la base ed il perno del regime ipotecario, e da un'altra banda, ammettere in pari tempo che degli oneri reali possano esistere e gravar la proprietà senza essere stati rivelati, è, si è detto, un associar le idee più contraddittorie, se non un consacrare una menzogna legislativa; è, in tutti i casi, un compromettere e sacrificare il credito prediale, il quale, non potendo stabilirsi che su di una notorietà completa, su di una cognizione esatta e perfetta dello stato della proprietà, è distrutto, per la forza stessa delle cose, tosto che è ammesso che le ipoteche delle mogli, degli interdetti e de' minori possono non esser pubblicate. Chè la metà della proprietà prediale è nelle mani di mariti o tutori; e siccome nulla indica in un modo certo e preciso se il tale o tal altro immobile rientra o non rientra in questa metà, è vero dire che le ipoteche occulte colpiscono in realtà il suolo intiero di

una specie di interdetto, sia che lo affettino in fatto, sia che faccian nascere il sospetto che ne può essere affetto. L' unico mezzo che v' à di ristabilire nella sua energía necessaria la sicurezza che promette l'ipoteca, è la pubblicità assoluta, la pubblicità quale era stata fondata dalla legge di brumaio anno 7, perchè essa sola può fare che, trattando co' possessori d'immobili, si sappia quali ne sono i veri proprietarii, o piuttosto in che consiste la proprietà che detengono, se è libera, o in quale misura è gravata.

Tali sono, in succinto, le critiche dirette contro il nostro articolo; son pur quelle prodotte nel Belgio, e sotto la cui influenza la legge del 16 decembre 1851 à posta l'ipoteca de' minori e delle donne maritate sotto il livello comune della specialità e della pubblicità, cercando la protezione di questi incapaci in combinazioni laboriose il cui giro è talmente complicato che le sue complicazioni istesse sembrano condannarlo anticipatamente all'immobilità (1).

Noi siamo stati più fortunati, ed il crediamo, l'esperienza che il Belgio fa in questo momento dirà, se non lo à già detto, che siamo stati più saggi ancora, difendendoci contro tali idee e mantenendo risolutamente il pensiero del nostro articolo in tutte le circostanze in cui la riforma del regime ipotecario è stata presso di noi massa in quistione. Nel 1811, al tempo della inchiesta amministrativa aperta dal guardasuggelli, venti tribunali, con la Corte di cassazione alla testa, lottarono contro cinque pel sistema che il Codice Napoleone à consacrato, esprimendo che il proclamar l'ipoteca legale ed il sottoporla all'iscrizione sarebbe ad un tempo un dare e riprendere, ed il ritirare alla moglie, al minore, allo interdetto un soccorso creato dalla saggezza de' secoli per proteggere la loro debolezza o la loro insufficienza, sarebbe un mancar di grandezza, di equità e di moralità (2).

Più recentemente ed al tempo delle discussioni prodottesi dal 1849 al 1851, il consiglio di Stato ritornò pel primo al principio del Codice, da cui si era momentaneamente allontanato su' passi della commessione istituita dal Governo, e ricondusse l'Assemblea legislativa medesima distaccandola dal principio della pubblicità assoluta, verso cui quest' Assemblea s'era in prima lasciata trarre (3).

Non si applaudirebbe mai abbastanza a simili risoluzioni. Del resto, la quistione è una quistione di giustizia civile, come diceva il Primo Console nelle sedute de' 7 e 9 piovoso, anno 12. « La giustizia civile impe» disce che ricadano sul minore e sulla don» na le conseguenze di una negligenza che » non è in poter loro di evitare. Per essi, » l'iscrizione delle ipoteche legali non de» v' essere che una semplice formalità, e » non una condizione necessaria per assicu» rarne lo effetto; e se fosse impossibile di » organizzare un sistema che ponesse tutti » gli interessi di accordo, sarebbe uopo far » cedere la sicurezza di un maggiore che » presta o che acquista, a quella della don» na, o del minore cui il loro stato rende » incapaci di proteggersi da loro stessi. » Or posta in tal modo la quistione, si scorge di leggieri che le stesse ragioni che han fatto creare di pieno dritto una ipoteca in favor della donna, del minore, dello interdetto, dovevano far dare a questa ipoteca la sua esistenza assicurata, la sua efficacia, indipendentemente da ogni formalità esteriore.

Quegli di cui la legge prende in qualche guisa la tutela, e pel quale stipula una sicurezza che il suo stato d'incapacità o di subordinazione non gli permette di stipular da sè stesso, non à tampoco la capacità o la indipendenza necessaria per prendere le misure allo adempimento delle quali la conservazione di questa sicurezza può esser subordinata; è uopo dunque che la legge lo sovvenga ancora e che adempia per lui o che supponga adempite quelle misure che, nel dritto comune, conservano l'ipoteca e le danno la sua efficacia. La legge, senza di ciò, mancherebbe di preveggenza e di equità. La istituzione della società, diceva in questo senso la Corte di cassazione nelle sue osservazioni su' progetti di riforma del 1811, à per iscopo di venire in aiuto a' deboli, e di assicurare a ciascuno la conservazione di ciò che gli appartiene; ciò che chiamasi un sistema di mezza pubblicità è un regime di pubblicità sufficiente, se previene la dilapidazione della fortuna delle donne, de' minori, degli interdetti; se protegge gl'interessi posti sotto la tutela pubblica, senz'altro inconveniente che di ritardare o forse di prevenire la conclusione di qualche transazione, o di cagionare qualche danno a coloro i quali, nel pieno esercizio di tutt' i loro dritti, avessero trascurato di

(1) V. gli art. 49 a 73 della legge belgica del 16 dicembre 1851 (Delebecque, Comment. legisl., p. 207 e seg.).

(2) Loc. ip. (t. II, p. 131 e seg.)

(3) V. il progetto ammesso nella seconda deliberazione, art. 2127 e seg., ed il progetto preparato per la terza, art. 2135 e seg.

agire con una saggia circospezione. In ultima analisi, se la ipoteca delle donne, de' minori e degli interdetti si conserva senza iscrizione, gli è che essi sono nella impossibilità di agire, e non possono soffrire per una omissione la quale non è fatto loro; ed al certo l' interesse di questi incapaci, e massime quello della donna, che è in pari tempo quello de' figli, quello del patrimonio della famiglia, quello dello Stato, è preferibile allo interesse de' terzi, che agiscono liberamente e volontariamente quando prestano o comprano. Si può dunque far piegare innanzi a questo possente interesse il principio d'una pubblicità intiera, sistemà assoluto la cui esperienza d'altronde è stato fatta, la cui esecuzione sotto lo impero della legge dell' anno 7 à mosso la Francia intiera e che à succombuto sotto il numero degli abusi ed il peso de' reclami (1).

739. Tuttavia non ci spingeremo fino a dire che il sistema consacrato dalla disposizione eccezionale del nostro articolo sia stato assolutamente senza pericolo e non abbia mai presentato inconveniente. Fa d'uopo riconoscere, al contrario, che aveva ricevuta nell' applicazione delle estensioni esorbitanti veramente. Pertanto il favore della legge, che evidentemente à la sua causa nello stato stesso delle persone da essa chiamate a goderne, è stato considerato per certi riguardi come applicato all'origine del credito, d'onde è risultato che in luogo di vedere nella eccezione un favore *temporaneo* e tutto *personale*, vi si vedeva un vantaggio *perpetuo* nel suo sopravvivere indefinitamente allo scioglimento del matrimonio o alla cessazione della tutela, anzi *trasmessibile* in taluni casi, specialmente dalla donna maritata a' creditori da essa surrogati nella sua ipoteca legale. Così pure, a queste estensioni della pratica si univa una increscevole lacuna nella legislazione in quanto lasciava ogni facilità di dissimulare l'esistenza de' contratti di matrimonio. Ma siffatti inconvenienti, e questo pericolo, che un eminente giureconsulto, di Hauteville, aveva additati nel suo studio profondo del nostro regime ipotecario, e nei quali aveva trovate le sole obbiezioni da elevare contro la non pubblicità dell' ipoteca de' minori, degli interdetti e delle donne, questi inconvenienti medesimi e questo pericolo han cessato oggi di esistere. Da un canto, la legge del 10 luglio 1850, aggiungendo talune disposizioni speciali agli art. 75, 76, 1391 e 1394 del Codice Napoleone, à messo i terzi, siccome dichiara nella sua rubrica, in grado di apprendere, con l'atto di celebrazione del matrimonio, se i coniugi ànno o non ànno contratto destinato a reggere la loro associazione in quanto a' beni, e per conseguenza, di preservarsi contro la falsa dichiarazione delle donne che allegano di essersi maritate senza contratto, mentre che ne avrebbero uno, d'onde risulterebbe per esse l'incapacità di alienare (V. pel commentario di questa legge Marcadè, t. III, articolo 1390 e seg., n. 6). D'altra parte, la legge del 23 marzo 1855 sulla Trascrizione, esigendo, col suo art. 8, l'iscrizione delle ipoteche legali in un certo termine dopo la cessazione delle cause che han motivata la eccezione, e col suo art. 9, l'iscrizione delle surrogazioni in tutt'i casi ed immediatamente, à fatto dell' eccezione, una eccezione affatto personale ed essenzialmente temporanea (V, *infra*, n. 778 e seg., il commentario di queste nuove disposizioni). Dopo tali riforme, che dànno alle critiche di cui il nostro articolo è stato l'oggetto tutta la soddisfazione che era ragionevole accordar loro, è permesso dire, col dotto uomo così rimpianto che poco anzi abbiamo nominato, che ormai, « di tutti gl' incagli che la non pubblicità delle ipoteche de' minori e delle donne può opporre al credito prediale, non rimarrà più che il pericolo, pel mutuante, di impiegare i suoi fondi con un uomo che, legato da' vincoli del matrimonio, o gravato di una tutela, fosse giunto a dissimulargli il suo stato di marito o di tutore. Or il matrimonio e la tutela, almeno mentre durano ancora, sono abbastanza pubblici, perchè una tale dissimulazione non possa che difficilmente riuscire, e perchè colui che sarà la vittima debba necessariamente aver qualche negligenza da rimproverarsi. L'ipoteca occulta de' minori e delle donne così ristretta in giusti limiti, non potrà dunque incagliare seriamente il credito prediale. Il rischio di esser preceduto da una ipoteca legale di cui si ignorava l'esistenza, sarà talmente minimo che i mutuanti non vi si soffermeranno; e se è ancora rigorosamente possibile che questo rischio si effettui in un modo increscevole per qualcuno, saran questi degli accidenti rari che non rallentan punto il corso degli affari, e che non entrano nelle previsioni del legislatore (2). »

Giustificato in tal modo il sistema della legge, passiamo al commentario.

(1) V. le Osservazioni della Corte di cassazione (Doc. ip. del 1844, t. II, p. 132, 133).

(2) V. d'Hauteville (Riv. del reg. ip., p. 171 e seg.).

II. — 740. Evvi un punto a cui ci fisseremo a bella prima, sebbene venga l'ultimo nell'ordine delle disposizioni contenute nel nostro articolo: intendiamo parlare del paragrafo con cui il legislatore, dopo di aver fissato il grado delle ipoteche legali che ha qui in veduta, esprime che in niun caso la disposizione del nostro articolo potrà pregiudicare i dritti acquistati dai terzi prima della pubblicazione del titolo *De' privilegi ed ipoteche.* Vediamo, prima di precisare l'esecuzione consacrata dal nostro articolo e di seguirne le applicazioni diverse, qual' è la interpetrazione della regola che pone nella sua disposizione finale, e di cui è agevole d'altronde, dopo le osservazioni che precedono, indagar la causa e l'oggetto.

741. La legge ipotecaria degli 11 brumaio anno 7, abbiamo già avuto più volte l'occasione di dirlo, aveva fatto della pubblicità un principio assoluto, una regola applicabile invariabilmente a tutte le ipoteche; niuna di esse esisteva che *a condizione della iscrizione*; si era la disposizione formale dello art. 3. Ed in quanto a quelle delle donne maritate ed a qualunque altra ipoteca legale, lo art. 4 non lasciava dubitare che, se colpivano tutt'i beni del debitore situati nell'ambito della officina ove eff ttuavasi la inscrizione, non li colpivano almeno che *al momento medesimo di questa iscrizione.* Il Codice Napoleone, la cui legge ipotecaria veniva a sostituirsi a quella dell'anno 7 e le succedeva immediatamente, creava dunque uno stato di cose nuovo ed assolutamente differente quando, facendo piegare il principio della pubblicità in favore delle ipoteche legali de' minori, degli interdetti, delle donne maritate, proclamava la esistenza di queste ipoteche indipendentemente da ogni iscrizione. Era impossibile che il passaggio da un sistema ad un altro sistema differente ed anche contrario, o il conflitto delle due legislazioni opposte non facesse nascere delle numerose o considerevoli difficoltà di applicazione. Quindi la disposizione finale del nostro articolo, il cui oggetto è stato di troncare queste difficoltà non accordando a' minori, agli interdetti, alle donne maritate, il benefizio della nuova legislazione, ossia il dritto ad un' ipoteca indipendente da ogni iscrizione, che sotto la riserva de'dritti acquisiti a' terzi prima dello avvenimento di questa nuova legislazione.

Del resto, le difficoltà che doveansi prevedere si sono in effetti prodotte ed àn seguito dappresso la pubblicazione del Codice. Non ci è dato oggi di insistervi lungamente sopra; esse àn fatto nascere delle quistioni transitorie il cui interesse, appunto perciò, viene ogni dì più scemando. Si son tuttavia vedute riprodursi in epoche recenti anzichè no, e non è assolutamente impossibile di rinvenirle ancora di tratto in tratto: ecco perchè cercheremo di precisare, in alcune ipotesi, quale è stato il pensiere del legislatore.

742. Per esempio, ha avuto luogo un matrimonio, ovvero si è aperta una tutela sotto lo impero della legge degli 11 brumaio anno 7, e, sia la moglie, sia il minore, tenuti, secondo questa legge, a dar la pubblicità al loro dritto ipotecario, han trascurato di prendere iscrizione da sè stessi o per mezzo do' loro rappresentanti; indi il matrimonio è stato sciolto con la morte dell'uno dei coniugi, o la tutela è terminata con la maggiorerà del pupillo: in questo stato appunto è sopraggiunta la pubblicazione del titolo *De' Privilegi e delle Ipoteche* contenuto nel Codice Napoleone. Supponiamo ora che i beni del marito o quelli del tutore sien venduti ed il prezzo ne sia messo in distribuzione, la moglie, ora vedova, o i suoi eredi se è premorta al marito, il pupillo divenuto maggiore, verranno essi ad esercitare un dritto di preferenza sul prezzo, sotto pretesto che il Codice Napoleone, tenendo lor luogo della iscrizione che avrebber dovuto prendere secondo la legge sotto il cui impero era nato il loro dritto ipotecario, hanno, almeno a far tempo dalla promulgazione di questo Codice, un' ipoteca legale che lor dia la precedenza su' creditori chirografari del marito o del tutore, ed anche su' creditori ipotecari iscritti ulteriormente? No, chè il fatto legale che dava adito al dritto ipotecario, ossia il matrimonio o la tutela, era cessato di esistere alla data della pubblicazione del Codice; esisteva in tal momento, non una *donna maritata* o un *minore*, ma una *vedova*, degli *eredi*, un *maggiore*: or costoro non potrebbero avere il benefizio di una eccezione o di una dispensa che la legge introduce nominativamente in favore de' minori e delle donne maritate, e che non ha più causa allo istante istesso in cui, sia lo scioglimento del matrimonio, sia la cessazione della tutela, lascia alla moglie o agli eredi tutta la loro indipendenza o dà tutta la sua attitudine al minore. Oramai v' ha *dritto acquisito* a'terzi rispetto a' quali i creditori ad ipoteca legale han perduto il dritto di preferenza che, secondo la legge sotto il cui impero sono stati posti, non avrebbe potuto esser loro assicurato che mercè la iscrizione: la nuova legge ri-

spetta questo dritto acquisito, non permette che sia annullato (1).

743. Ma supponiamo che non siasi presa niuna iscrizione in favore della donna maritata sotto lo impero della legge di brumaio o del minore la cui tutela si è aperta sotto lo impero della medesima legge, e che il matrimonio o la tutela sussistevano ancora al momento in cui il Codice Napoleone è stato pubblicato: in questo caso, diremo, al contrario, che la pubblicazione del Codice è valsa come iscrizione per la moglie o pel minore. Invano si opporrebbe ad essi che la loro ipoteca è retta dalla legge di brumaio sotto il cui impero è nata, e che per manco d'iscrizione non è più che un dritto inerte, a' termini di questa legge, il cui principio essenziale e fondamentale era di subordinare l'efficacia di ogni ipoteca, senza eccezione nè riserva, all'iscrizione: ciò menerebbe a dire che la nuova regola introdotta dal Codice non profittasse che alle tutele o a' matrimonii formati dopo la sua promulgazione. Or ciò è manifestamente contrario al testo stesso del nostro articolo e specialmente della disposizione finale che in questo momento ci occupa. Evidentemente il legislatore il quale, facendo un'eccezione al principio della pubblicità in favore de' minori, degli interdetti, delle donne maritate, prende la cura di riservare i *dritti acquisiti* a terzi prima della pubblicazione della legge che promulga, indica con ciò appunto che la sua protezione non si limita a covrire coloro i quali nello avvenire entreranno nella condizione d'onde deve nascere l'ipoteca legale, ma che si estende ancora a coloro che trova già posti in questa condizione. Che significherebbe senza di ciò la riserva de' *dritti acquisiti a terzi*? ed ove sarebbe stata la necessità di riservare questi dritti contro altri dritti puramente eventuali e la cui causa istessa non fosse nata? Il pensiere della legge non potrebbe dunque esser disconosciuto: essa fa per quelli che trova nella condizione d'onde è nata la ipoteca legale, e la cui ipoteca non è stata iscritta quando avrebbe dovuto esserlo, ciò che fa per coloro che verranno ulteriormente a porsi in questa medesima condizione: dà all'ipoteca la sua efficacia come se fosse iscritta, e fa ciò, perchè lo stato d'incapacità o di subordinazione essendo lo stesso in ambo i casi, la protezione che accorda à la sua causa nell'uno come nell'altro (2).

744. Tuttavia, v'à ancor questo da ben precisare: che pe' minori e le donne maritate, che il Codice à trovati in istato di tutela e di matrimonio al momento in cui è stato pubblicato, il dritto ipotecario, se non lo ànno rivelato al pubblico come eran tenuti a fare a' termini della legge di brumaio, non si esercita in un modo sì completo come per quelli il cui matrimonio fosse contratto o la cui tutela si aprisse dopo la pubblicazione del Codice Napoleone. Per costoro, la cui ipoteca è stata sempre esonerata dal principio della pubblicità mercè la disposizione eccezionale del nostro articolo, questa ipoteca esiste con tutta la sua efficacia allo istante istesso in cui nasce il credito al quale accede. Per gli altri, la cui ipoteca, al contrario, è stata originariamente sottomessa al principio della pubblicità, questa ipoteca non è divenuta efficace se non al momento della pubblicazione del Codice, che lor tien luogo della iscrizione che avrebber dovuto prendere o che si sarebbe dovuto prendere per essi in origine e che non era stata presa; di tal che se il loro dritto ipotecario esiste con tutta la sua efficacia al momento della pubblicazione del Codice, e può opporsi ad ogni terzo che avesse trattato sol dopo col tutore o col marito, non esiste almeno che a far tempo da questo momento, e non è opponibile a quelli che avessero acquistato prima, contro il tutore o contro il marito, de'dritti che avessero avuto cura di conservare. Tale è la conseguenza della disposizione finale del nostro articolo.

Ed ora, per applicarne in qualche modo il pensiere, faremo un'ipotesi. Paolo à accettata la tutela di Giuseppe il 3 frimaio anno 7 (23 nov. 1798); non si è presa iscrizione a favore del pupillo. Indi, divenuto costoi maggiore, il tutore è espropriato, ed il prezzo de' suoi beni è messo in distribuzione. Viene all'ordine aperto su questo prezzo Pietro, il quale essendo creditore da gran tempo di Paolo, à presa un iscrizione sui beni di costui alla data del 2 nevoso anno 14 (23 dec. 1805). Questa iscrizione darà forse la precedenza alla ipoteca di Pietro su quella che la legge attribuisce a Giuseppe, a causa del

(1) V. Cass., 7 apr. 1815, 9 nov. 1815, 5 dec. 1814, 20 mag. 1817; Grenoble, 28 genn. 1818, 2 giugno 1831, 30 giugno 1838; Bastia, 3 apr. 1837—V. pure Grenier (t. I. n° 238), Dalloz (Rep., v° Ipot., p. 124. n° 4), Duranton (t. XIX. n° 293), Tessier (t. II, n° 133, lettera D), Troplong (n° 631 bis).

(2) Rig., 8 novembre 1809; Rig., 1° febbraio 1816, 27 luglio 1824; Cass., 13 novembre 1820, Bruxelles, 24 decembre 1806; Caen, 4 maggio 1814 e 25 novembre 1824; Rouen, 27 giugno 1822; Douai, 1° novembre 1826.

suo credito sul suo tutore? No, chè nello intervallo tra la nascita della ipoteca di Giuseppe e la data della iscrizione presa da Pietro è sopraggiunta, alla data degli 8 germile anno 12 (29 marzo 1804), la pubblicazione del titolo *De' privilegi e delle Ipoteche* del Codice Napoleone. Or questa pubblicazione è valsa a Giuseppe iscrizione della sua ipoteca, la quale oramai è vivificata a questa data del 29 marzo 1804, indipendentemente da ogni iscrizione; e siccome Pietro non aveva *dritto acquistato* a questa data, poichè non si è iscritto che più di un anno dopo l' ipoteca di Giuseppe gli è opponibile; e, nei termini della disposizione finale del nostro articolo, Giuseppe deve precederlo.

Ma supponiamo, modificando la nostra ipotesi, che Pietro, il cui credito su Paolo era nato in un' epoca prossima a quella dell' apertura della tutela da costui accettata, non abbia messo lo stesso ritardo nel rendere *la sua ipoteca pubblica*, e che la sua iscrizione sia stata presa alla data del 12 messidoro anno 8 (1. luglio 1800); la tesi cambia. Non gioverà a nulla a Giuseppe, almeno rispetto a Pietro, che la pubblicazione del titolo *De' privilegi e delle ipoteche* del Codice Napoleone sia venuta a tenergli luogo della iscrizione che avrebbe dovuto prendersi a favor suo, a' termini della legge di brumaio, sotto lo impero della quale si è aperta la tutela d' onde procede il suo credito su colui che fu tutore; chè se la pubblicazione del Codice gli tien luogo di questa iscrizione, è soltanto alla data stessa in cui questa pubblicazione è stata fatta e per lo avvenire; ma non agisce retroattivamente e non covre il passato. Adunque questa iscrizione della ipoteca legale, questa iscrizione fatta o supposta dalla legge medesima alla data della sua pubblicazione ossia al 29 marzo 1804, non è opponibile all' ipoteca iscritta da Pietro più di tre anni prima (1. luglio 1800). V' era in ciò un *dritto acquistato* cui la nuova legge non vuol ledere, ed, in questa situazione, si spetta all' ipoteca legale di Giuseppe di inchinarsi *innanzi all' ipoteca convenzionale di Pietro* (1).

745. Altre quistioni transitorie son nate ancora dal conflitto delle due legislazioni: soprattutto si è domandato quale dev' essere la data della ipoteca legale attribuita alla moglie a causa delle successioni scadutele durante il matrimonio, per la indennità de' debiti ed il reimpiego de' proprii alienati, quando si è maritata prima della pubblicazione del Codice e sotto lo impero di una consuetudine che dava alla ipoteca della moglie, per questa causa, una data differente da quella che à ricevuta dal Codice Napoleone. Ma queste quistioni verranno più a proposito quando conosceremo le disposizioni del Codice medesimo su questo punto; « ne riserbiamo dunque lo esame, per ritornarvi sopra, quando esporremo le distinzioni che questo Codice à creduto dovere stabilire fissando la data della ipoteca legale della moglie (v. *infra*, n. 755 e 759); e senza insistere troppo su quistioni transitorie il cui interesse, ripetiamolo, s' indebolisce e si annulla di giorno in giorno, ricercheremo in che consiste l' eccezione consacrata dal nostro articolo, e vedremo poi in qual modo questa eccezione profitta a coloro in favor de' quali è stabilita.

III. — 746. Per qualificare nitidamente la eccezione e precisarne l'oggetto è uopo riportarsi ai testi anteriori da' quali trae la sua origine. Questi testi, il sappiamo già, non sono quelli della legge di brumaio anno 7, son piuttosto quelli dello editto del 1673. Gli è vero che nell' anno 6, quando si preludeva alle discussioni che si reassunsero nel voto della legge di brumaio, i difensori di questa legge si annunziavano francamente come i restauratori dell'opera di Colbert, e presentavano il loro progetto come una ispirazione del pensiere di questo gran ministro. Tuttavia, non adottavano questo pensiere e nol toglievano a guida su tutti i punti; e quello che ci occupa fu l' uno di quelli su' quali sen discostarono assolutamente. « I crediti ipotecarii di ogni genere, di ogni persona, diceva Crassous nel suo rapporto, debbono essere sottomessi alla iscrizione. I dritti della nazione, quelli de' minori, delle spose, degli assenti, debbono esservi soggetti. Il regolamento della pubblicità dev' essere assoluto e generale, o è inutile. Si faccia una eccezione, e la certezza del pegno è distrutta, il principio morale della pubblicità non dà più risultato. Dispensare le mogli ed i minori dalla iscrizione, sarebbe un violar la massima costituzionale che vuole che la legge sia la stessa per tutti (2) ». E per questi motivi di una logica spinta, la legge dell' anno 7 si separò dallo editto del 1673, facendo della pubblicità un principio rigoroso, assoluto, governante tutte le ipoteche; in luogo di lasciarla ciò che ne aveva voluto fare Colbert, un principio generale indubitatamente,

(1) V. Parigi, 19 ag. 1808; Colmar, 31 agosto 1811; Alg., 16 luglio 1817; Parigi 25 febbr., 1831. — V. pure Grenier (ivi), Troplong (n. 628), Tarrible (Rep. v° Iscrizione ip., § 3. n. 12), Chabot, (Quist. transit., t. II, p. 61 e seg.).

(2) Monitore del 26 termidoro anno 6. (n. 326).

ma suscettivo di essere ristretto nell'applicazione, e massime comportante una eccezione in favore di coloro i quali, come i minori e le donne maritate, son privati della facoltà della libertà di prendere le misure costitutive della pubblicità.

Quest'ultimo sistema ànno i redattori del Codice riprodotto, migliorandolo tuttavia. Pertanto, da un canto lo editto del 1673, ponendo la pubblicità per principio, aveva indicato l'*opposizione* ed il *registro* come istrumenti della pubblicità, ed aveva ammesso che con questa opposizione si regolerebbe il dritto di preferenza tra i creditori (art. 21), lasciando tuttavia un termine di quattro mesi durante il quale le opposizioni potrebbero esser registrate, nel qual caso retroagirebbero al dì stesso de' contratti e sentenza (art. 23, 24, 25); ed i redattori del Codice han pur consacrato il principio creando la iscrizione come istrumento della pubblicità: soltanto, lo han corretto in quanto, eliminando questo termine di quattro mesi durante il quale ogni opposizione registrata aveva un effetto retroattivo al dì del contratto o della sentenza, han voluto, come abbiam veduto nel nostro commentario dello art. **2134**, che il grado delle ipoteche tra loro si regolasse invariabilmente sulla data delle iscrizioni. Ma, da un'altra parte, lo editto del 1673, curando lo interesse de' creditori, vale a dire lo Stato, i minori, le donne maritate, i quali, per la loro posizione non possono o non potrebbero agire da loro stessi e vegliare alla conservazione de' loro dritti, fa eccezione al principio in favore di questi creditori, a' quali accorda il benefizio dell'ipoteca con le sue prerogative ed il suo grado, senza che faccia uopo nè di opposizione nè di registro (art. 56, 60); ed i redattori del Codice, ammettendo ancora la eccezione in favore di questi creditori, se non di tutti, almeno de' minori (ed interdetti) e delle donne maritate, vogliono egualmente che la loro ipoteca esista indipendentemente da ogni iscrizione, e che, sebbene non iscritta, questa ipoteca abbia il suo grado innanzi al quale s'inclineranno i terzi, anche coloro che avessero un dritto reale sugl'immobili del debitore, ma il cui dritto non fosse nato o non fosse stato assicurato con la iscrizione che dopo quello de' creditori, in favor de' quali l'eccezione è ammessa.

Così, ed in questo limite la nostra legge attuale si rallega allo editto del 1673; e si vede ora che cosa è l'eccezione di cui dobbiamo occuparci, in che consiste e quale ne è l'oggetto preciso. La legge completa la sua opera: siccome, in tesi generale, l'iscrizione dà il suo grado all'ipoteca (art. 2134), l'eccezione consiste nel supplire questo effetto ordinario della iscrizione e quindi, nello assegnare il suo grado e la sua data ad una ipoteca che non rivela alcuna manifestazione esteriore atta a determinarne la classifica. Ciò appunto fa la legge col nostro articolo. E come lo fa? Ne parleremo occupandoci successivamente delle due ipoteche che ànno il benefizio della eccezione.

IV. — **747**. In quanto concerne l'ipoteca legale de' minori ed interdetti, il numero primo del nostro articolo ne fissa il grado e la data al dì dell'*accettazione della tutela*. Lo art. **2194**, l'uno di quelli che regolano il modo di purgare le ipoteche quando non esiste iscrizione su' beni de' mariti e de' tutori, indica, da un altro canto, *il dì dell'entrata in gestione del tutore* come quello che fissa la data della ipoteca. Ma le espressioni de' due articoli, tuttochè differenti, rendono la stessa idea, e significano che l'ipoteca del minore o dello interdetto à la sua data al dì stesso in cui incomincia la responsabilità del tutore.

Per la qual cosa, noi non ammettiamo che vi sia, come dicono taluni autori (1), anomalia e contraddizione tra il nostro articolo e lo art. **2194**. *L'entrata in gestione* intendendosi necessariamente, nel pensiero di quest'ultimo articolo, non, come pretendono gli autori a cui facciamo allusione, dal di della gestione di fatto, o, in altri termini, dal dì in cui il tutore fa il suo primo atto di gestione, ma dal dì in cui nasce l'obbligazione di amministrare, è vero dire che *accettar la tutela* è un *entrare in gestione*, di tal che i nostri primi due articoli, lungi dall'essere contraddittorii, si conciliano a meraviglia e si combinano benissimo tra loro; e, ripetiamolo, riescono a dire che l'ipoteca prende data allo istante istesso in cui incomincia la responsabilità del tutore, perchè l'ipoteca avendo la sua causa precisamente nella responsabilità imposta dalla legge medesima al protettore cui essa dà allo incapace, con missione di rappresentarlo e di supplirlo in tutti gli atti civili (v. *supra* n. 490), non si comprenderebbe come potesse prodursi in un'altro momento diverso

(1) V. Taulier (t. VII, p. 295), Mourlon (Rip. scrit.; t. III, p. 480).

da quello in cui si produce lo evento giuridico, che ne è il principio.

748. Ciò posto, non rimane che a fissare il momento in cui incomincia la responsabilità del tutore. Si può dire, in tesi generale, che questa responsabilità incomincia e quindi che l'ipoteca legale del minore o dello interdetto à la sua data, dal dì in cui il tutore apprende che la tutela gli è deferita, e ciò quand'anche avesse delle scuse a proporre, perchè, malgrado tal circostanza, è tenuto ad amministrare provvisoriamente fino a che non presenta queste scuse e non riesce a farle accogliere (Cod. Nap. art. 440).

Secondo ciò, se si tratta di un tutore nominato dal consiglio di famiglia, diremo che l'ipoteca del minore à la sua data dal dì della deliberazione del consiglio, se il tutore vi è presente; e se è assente, dal dì in cui la sua nomina gli è legalmente notificata (Cod. Nap., art. 418; Cod. di proced. art. 882).

Se si tratta di un tutore legale, l'ipoteca avrà la sua data dal dì stesso della morte che dà adito alla tutela, poichè, in questo caso, il tutore è investito della tutela di pieno dritto.

Se si tratta, infine, di un tutore scelto dal padre o dalla madre, l'ipoteca legale nascerà al dì dell'apertura del testamento, se il tutore è presente, e nel caso in cui fosse assente, al dì in cui gli sarà stata fatta notificazione legale della scelta di cui è stato l'oggetto dal canto del padre o della madre.

749. Abbiamo poc'anzi precisato quali sono i crediti del minore o dello interdetto garentiti dall'ipoteca legale che à su' beni del suo tutore (v. *supra*, n. 501 e 502), e non vi dobbiamo ritornar qui sopra; ma abbiamo a notare che la data dell'ipoteca è sempre la stessa, quella dell'accettazione della tutela, qualichessieno i crediti del pupillo contro il suo tutore e quali si sieno le epoche in cui questi crediti son nati. Per esempio, una tutela si è aperta ed è stata accettata il 1° gennaio 1840; indi, nel 1845, è scaduta una successione al pupillo, ma, nello intervallo ed il 1° gennaio 1842, il tutore à conferito, su' suoi beni, un' ipoteca ad uno de' suoi creditori personali: l'ipoteca del minore, a causa della successione scadutagli nel 1845 soltanto, precederà quella del creditore personale del tutore, sebbene costui abbia preso la sua iscrizione tre anni prima dell'apertura della successione scaduta al pupillo. Il tutore, è vero, non à avuta l'amministrazione de' beni e valori dipendenti da questa successione che molto dopo l'apertura della tutela e quando già aveva obbligato i suoi proprii beni alla sicurezza dell'uno de' suoi debiti. Ma poco monta; il pupillo non à contro il suo tutore de' crediti particolari; è creditore del risultato di un conto di amministrazione che incomincia e finisce con la tutela, quindi indivisibile come la tutela medesima, e per una conseguenza ulteriore, la data dell'ipoteca non dipende dalle epoche degli incassi, ma dalla data a cui è nata pel tutore l'obbligazione di render conto delle somme che riceverà durante la sua gestione, ossia dal dì in cui la tutela è incominciata. Adunque, ancorchè non vi fosse che un solo articolo ed un solo credito all'introduzione, l'ipoteca retroagirebbe per questo articolo unico al principio della tutela, e nella specie, al 1° gennaio 1840. A questa data adunque deve collocarsi ipotecariamente il credito del minore.

V. — 750. In quanto concerne l'ipoteca legale della moglie, abbiamo già additato quale è stato lo andamento della legge sul punto che ci occupa. Abbiamo indicato, facendo conoscere i numerosi dritti ed i varii crediti a cui quest'ipoteca è annessa, che, nel primo pensiero de' redattori del Codice, questa ipoteca ancora doveva rimontare, a causa di tutti questi dritti e crediti, ad una medesima epoca, che era invariabilmente fissata alla data del matrimonio; ma che questo pensiere era stato indi abbandonato, ed il punto di partenza dell'ipoteca era stato posto a date differenti e determinate, avuto riguardo alla causa de' crediti (v. *supra*, n. 434 e seg.). È uopo insistere ora su di ciò, e porre in luce i motivi di questo cambiamento: come pure riconosceremo che le distinzioni della legge non han nulla di arbitrario, che procedono tutte da un principio comune; ed in questo principio istesso, rinverremo la ragione di decidere molte quistioni a cui à dato luogo questa seconda parte del nostro articolo.

751. Il punto di partenza della ipoteca legale della moglie fu in prima ciò che preoccupò il meno gli animi nelle notevoli e profonde discussioni del Consiglio di Stato su questa parte della legge; si può dire anzi che l'attenzione del consiglio non fu chiamata su tal punto. Le sole osservazioni che mosse quello degli articoli del progetto (art. 44), che corrispondeva al nostro articolo, caddero su' vantaggi e sull'opportunità che poteva esservi nel dare all'ipoteca legale una definizione più esplicita di quella dello arti-

colo 26 del progetto (1); e lo articolo usci allora da questa deliberazione ne' seguenti termini: « L'ipoteca esiste, indipendentemente da ogni iscrizione, 1° a favore dei minori ed interdetti . . . , 2° a favore delle mogli *per causa delle loro doti, ripresa e convenzioni matrimoniali, ed a far tempo dal dì del matrimonio.* » Il progetto non diceva nulla di più in quanto concerne l'ipoteca legale della moglie. Pertanto, senza distinzione alcuna, questa ipoteca doveva rimontare, in ragione di tutte le ripetizioni, qualunque ne fosse la natura o la causa, ad una sola e medesima data, che era quella del dì del matrimonio.

Ma quando il Tribunato esaminò poi il progetto sulla comunicazione officiosa fattagliene il 13 ventoso anno 12 (4 marzo 1804), fu di avviso « che vi sarebbe un grande inconveniente a lasciar sussistere in un modo sì indefinito l'ipoteca legale delle mogli sui beni de' mariti. » E, svolgendo una ad una le diverse cause d'onde posson nascere i crediti delle mogli su' loro mariti, il Tribunato precisò, nelle sue osservazioni, la data che conveniva dare all'ipoteca di ciascuno di questi crediti, per conciliare equamente la sicurezza della moglie ed il credito del marito. » Le somme dotali, dice esso, non debbono avere ipoteca legale, quando provvengono da successioni, che dal dì dell'apertura di queste successioni. *Chè allora soltanto v' à, dal canto del marito, un' amministrazione che sola può fare il fondamento della ipoteca.* — Ciò che abbiamo teste detto per le successioni si applica egualmente alle donazioni. — Da un' altra banda, se la moglie si obbliga congiuntamente col marito, o se, col consenso di lui aliena i suoi immobili, non deve avere ipoteca su' beni del marito, per la sua indennità in questi due casi, che a contare dall' obbligazione o dalla vendita. Non è giusto che vi sia un' ipoteca *prima della esistenza dell' atto che forma l' origine del credito*; ed è odioso che la moglie, obbligandosi o vendendo posteriormente possa precedere de' creditori o degli acquirenti che han contrattato prima col marito. Si era una fonte di frodi da esser tempo di farla sparire (2).

Con queste considerazioni il Tribunato proponeva di sostituire allo art. 44 del progetto una redazione di cui rinveniamo la riproduzione presso a poco letterale nel nostro articolo. Pertanto, i redattori del Codice han pienamente adottato il pensiere stesso del Tribunato; e questo pensiere è nel miglior modo precisato nelle osservazioni che abbiamo rammentate. Ne risulta che, se l'ipoteca rimonta a date differenti avuto riguardo alla natura diversa de' dritti o delle riprese della moglie, queste date, almeno, sono state fissate secondo un principio comune reassunto dal Tribunato in questa formola: *Che solo l' amministrazione del marito può fare il fondamento dell' ipoteca.* Vedremo al presente che le soluzioni consacrate dalla legge nei casi particolari che prevede non sono che delle applicazioni del principio.

VI. — 752. Il nostro articolo parla in primo luogo della ipoteca della moglie per causa *della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali.* Sappiamo già quali sono, in quanto alla loro natura ed alla loro estensione, i dritti e crediti compresi sotto queste qualificazioni (v. *supra*, n. 435 a 439). Si tratta dunque unicamente qui di precisare la data della ipoteca attribuita alla moglie per queste cause. Or, col matrimonio istesso è il marito costituito mandatario in quanto concerne la dote e le convenzioni matrimoniali; col matrimonio istesso s'apre, a tal riguardo, quest'amministrazione del marito, *solo fondamento della ipoteca*, secondo la espressione del Tribunato: l'ipoteca legale della moglie, per cagion della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali, rimonterà dunque *al dì del matrimonio*; ed è, in effetti, ciò che sta formalmente espresso nel § 1°, n° 2, del nostro articolo.

D'altronde, così sarà quand'anche la dote non fosse pagata o non divenisse esigibile che dopo la celebrazione del matrimonio. Si è talvolta preteso il contrario. Innanzi ai tribunali, ove accade talora che i principî più certi sono contestati, si è tentato di porre come regola assoluta questa idea, che l'ipoteca legale della moglie non può esister mai che per un credito già nato; e, sotto l'autorità di questa pretesa regola, è accaduto ad un marito, domandando la riduzione della ipoteca legale della moglie, di dire che avendo ricevuto soltanto una parte della dote ed il resto essendo ancora esigibile, l'ipoteca non esisteva che fino a concorrenza di ciò che aveva ricevuto e doveva esser ristretta agli immobili sufficienti per assicurare il rimborso delle somme che aveva riscosse. La Corte di Bordeaux à riposto con aggiustatezza a tale pretensione: « gli è un

(1) V. Locrè (t. XVI, p. 257), Fenet (t. XV, p. 363 e seg.).

(2) V. Locrè (ivi, p. 317), Fenet (ivi, p. 414).

andar contro tutt' i principî ammessi in tal materia il pretendere che l'ipoteca legale non affetti attualmente i beni del marito che fino a concorrenza della parte della dote che è riscossa; li affetta pel tutto (art. 2135), con questa sola differenza che le affetto ne è definitivo in quanto alla parte ricevuta della dote, mentrechè per la parte non esigibile non è ancora che *eventuale* e subordinato alla condizione *se il marito la riceve*; ma l'ipoteca sussiste pur sempre per questa parte come per la prima e deve, adempita la condizione, rimontare pel tutto al dì del matrimonio (1). »

753. Avremmo tutto detto su questa prima causa della ipoteca legale della moglie se, ancor qui, come per l'ipoteca del minore di cui testè ci occupavamo (v. n° 747), non trovassimo, negli art. 2194 e 2195, una specie di punto di partenza indicato in termini differenti da quelli del nostro articolo. In effetti, questi articoli, trattando della purgazione delle ipoteche legali, attribuiscono alle iscrizioni prese nei termini da essi fissati lo stesso valore che se fossero state fatte *al dì del contratto di matrimonio*. Or queste ultime espressioni son prese ordinariamente come significanti l'*atto notarile* contestante le convenzioni matrimoniali; e taluni autori, per conciliare tra essi de' testi che loro àn sembrato contraddirsi, àn supposto che il legislatore à voluto distinguere il caso in cui i coniugi fian fatto redigere con atto le condizioni civili del loro matrimonio dal caso in cui si fossero maritati senza contratto, e che, nel pensiere della legge, se l'ipoteca non rimonta che *al dì del matrimonio* in quest'ultimo caso, prende data *dall'atto notarile* nell'altro (2).

Affrettiamoci di dire che non v'à cosa più arbitraria di una simile supposizione. La distinzione proposta si, era accreditata, è vero, sotto l'antica giurisprudenza, ove de'notevolissimi autori insegnavano che in principio l'ipoteca della moglie rimontava *al dì del contratto di matrimonio*, che per manco di contratto datava essa soltanto *dal dì della celebrazione* (3). Ma si era unicamente una conseguenza ed un' applicazione speciale del principio generale secondo cui la ipoteca si affiggeva di pieno dritto agli atti notarili. Come il contratto di matrimonio era stipulato ordinariamente innanzi notaio, l'ipoteca della moglie prendeva data al dì di un atto a cui la sua forma istessa affiggeva la sicurezza dell'ipoteca: era l'unico motivo della soluzione, e ciò è sì vero che, ne' casi eccezionali in cui le convenzioni matrimoniali erano constatate con atto privato (il che era ammesso in alcune province), l'ipoteca datava, non da quest'atto, ma soltanto dal dì della ricognizione autentica fattane ulteriormente (4).

Si vede con ciò che l'antica giurisprudenza non potrebbe più invocarsi a titolo di precedente: la distinzione che vi si era introdotta non à più la sua ragione d'essere, ed al certo nè nella differenza esistente tra i termini del nostro articolo e quelli degli articoli 2194 e 2195, nè nel bisogno di conciliare questi diversi testi, si rinverrebbero de' motivi sufficienti per ristabilirla. Innanzi tratto, non è dimostrato che questi testi sieno contraddittorii in realtà come lo sono in apparenza; nè che, con le parole *contratto di matrimonio*, negli art. 2194 e 2195, il legislatore abbia avuto in mira *l'atto notarile* anzichè il *fatto della celebrazione*, al quale, alla fine del secolo precedente, i giureconsulti, e il Pothier istesso, davano il nome di *contratto di matrimonio*. Se altrimenti fosse, le previsioni di questi art. 2194, 2195 sarebbero incomplete, chè ne seguirebbe che non descriverebbero lo effetto della iscrizione presa sullo acquirente se non per le donne munite di un contratto di matrimonio notarile, e non per le donne maritate senza contratto. Ma poi, ancorchè l'opposizione tra i testi esistesse realmente, non giustificherebbe la distinzione che combattiamo: chè gli art. 2194 e 2195 ànno un oggetto speciale e determinato; regolano particolarmente il caso in cui la moglie, messa in mora di iscriversi, prende iscrizione in vista della purgazione di immobili appartenenti al marito e da lui alienati. Sarebbe adunque un distrarli dal loro oggetto il prenderli per regola generale sulla quistione di sapere qual è il punto di partenza d'un'ipoteca eccezionalmente liberata della iscrizione la quale, in principio, dà il loro grado e la loro data alle ipoteche. Questa regola è posta precisamente nel nostro articolo 2135: quivi e non altrove è uopo prenderla. Or esso ci dice che la ipoteca della moglie, per ragion della sua dote e delle suo convenzioni ma-

(1) V. Bordeaux, 10 ag. 1853 (I. P., 1856, t. I, p. 499).
(2) V. Tarrible (Rep., v° Iscriz., § 3, n° 8), Troplong (n. 739 e seg.), Benoit (t. II, n° 47), Wolowski (Riv. di legisl., t. I, p. 278),

(3) V. Domat, (Leggi civ., lib. 3, tit. 1, sez. 1, n° 3), Basnage (cap. 12, p. 485), Lebrun (Success., lib. 2, cap. 5, sez. 1, n° 26).
(4) Senes (Inst., p. 369).

trimoniali, esiste *a far tempo dal dì del matrimonio*; e ciò assolutamente, senza distinzione alcuna tra il caso in cui il matrimonio è stato precedato da un contratto e quello in cui è avuto luogo senza contratto: quindi l'ipoteca legale della moglie per questa causa avrà, allo stesso titolo nelle due situazioni, la sua data ed il suo grado *al dì del matrimonio*. Si è l'opinione emessa dal Rodière nel *Trattato del Contratto di Matrimonio* che abbiamo con esso lui pubblicato (1). Non possiamo che associarvici, tanto più che essa rientra pienamente ne' dati precisi del nostro articolo. Anche quando un contratto contesta le condizioni civili del matrimonio, l'associazione coniugale non incomincia che col matrimonio ed al dì della sua celebrazione. Adunque, far rimontare l'ipoteca legale della moglie, per causa della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali, alla data del contratto che precede necessariamente la celebrazione, il quale può anche precederla di lungo intervallo, sarebbe un porre effetto prima della causa, e contrariamente al principio del nostro articolo, un creare, a gran rischio de' terzi, la sicurezza ipotecaria prima del momento in cui deve aprirsi l'amministrazione maritale, che ne è l'unico fondamento.

VII—754. Dopo la dote e le convenzioni matrimoniali il nostro articolo parla delle somme dotali che provvengono alla moglie da successioni scadutele o da donazioni fattele durante il matrimonio. Le somme onde qui si tratta ben rientrano nella dote, ed a questo titolo sembrerebbe dovessero esser garentite da una ipoteca legale rimontante al dì del matrimonio; ma in fatto la moglie acquista queste somme nel corso del matrimonio soltanto, e quindi la responsabilità del marito, che deve amministrare per lei, non può incominciare prima che essa non abbia acquistato; il nostro articolo indica dunque che l'ipoteca legale, che è la sanzione di questa responsabilità, non esisterà o non prenderà grado che dal dì in cui il marito sarà divenuto responsabile, ossia, per le somme provveniente da successioni, del dì *dell'apertura delle successioni*, e per le somme provvenienti da donazioni, dal dì in cui queste donazioni *avranno avuto il loro effetto*.

755. In ciò il Codice si è discostato dai principii dell'antica giurisprudenza, secondo cui la ipoteca della moglie per donazioni fattele o per successioni scadutele durante il matrimonio rimontava al dì stesso del matrimonio. Conosciamo i motivi di questa innovazione (v. n. 751); e senza ricercare altrimenti se non fosse stato meglio, come pretendono taluni autori (2), di rallegarsi al passato su questo punto, e di fare per la ipoteca della moglie ciò che si è fatto per la ipoteca legale del minore (v. n. 749), esaminiamo a bella prima l'una delle quistioni transitorie che abbiamo riservate al n. 745.

La quistione è di sapere, se la regola del nostro articolo sarebbe applicabile nel caso di successioni scadute, anche sotto il Codice Napoleone, o di donazioni fatte ad una donna che si fosse maritata sotto lo impero dei principii antichi. Non esitiamo a pronunciarci per la negativa. Non diremo, col Grenier (3), il quale tuttavia risolve la quistione nello stesso senso, che gli è perchè l'ipoteca si rallega, in questo caso, ad un fatto eventuale ed al tutto indipendente dalla volontà della donna; chè vedremo tantosto che questo motivo à menato l'autore, su di un'altra quistione transitoria, ad una soluzione completamente inammessibile (v. *infra*, n. 759); ma troviamo la ragione di decidere ne' principii d'ordine pubblico che consacrano la non retroattività delle leggi. Or, nel caso proposto, la donna, maritandosi, aveva dritto, in virtù del suo contratto di matrimonio, ad un'ipoteca rimontante, per le cause onde si tratta, al dì del matrimonio. Questo dritto non ha dunque potuto, tuttochè *eventuale*, ricevere lesione di sorta dalle disposizioni di una legge ulteriore.

Senza insistere più oltre su tale quistione, che ritroveremo trattando della ipoteca per indennità di debiti e reimpiego di proprii alienati, in occasion della quale si è prodotta più particolarmente, limitiamoci, per ora, a conchiudere che il nostro articolo non deve intendersi che *de' matrimonii futuri*, nella disposizione con cui fissa la data della ipoteca legale della moglie per le somme dotali provvenienti da successioni scadutele o da donazioni fattele durante il matrimonio (4).

756. Ed ora, ritorniamo a' termini di questo articolo, e vediamo qual è, nel suo pensiere, la data precisa dell'ipoteca per le cause che qui indica.

In quanto all'ipoteca per le somme dotali

(1) V. il nostro Trattato del Contratto di Matrimonio (t. II, n. 674). — Arrogi nello stesso senso: Persil (art. 2135, § 2, n. 2), Dalloz (p. 133, n. 2), Grenier (n. 475), Duranton (t. XX, n. 20), Zachariae (t. II, p. 128 e nota 125), Tessier (t. II, n. 134, nota 1093). — V. pure Nimes, 26 febb. 1834.

(2) V. Dalloz (p. 133, n. 5), Zachariae (t. II, p. 129, nota 26).

(3) Grenier (t. I, numero 242).

(4) V. Dalloz (p. 125, n. 67), Troplong (n. 631).

provvenienti da successioni accadute durante il matrimonio, la data ne è fissata senza equivoco: l'ipoteca esiste, dice la legge, a far tempo dall'*apertura* della successione. Pertanto, non vi sarà da tener conto delle epoche in cui le somme dotali provvenienti per questo verso saranno state ricevute dal marito: la data dell'ipoteca non vien fissata dalla percezione reale, sibbene dall'apertura del dritto in favor della moglie. Al certo può accadere che la divisione con le sue operazioni preliminari o altre cause ritardino il momento in cui le somme provvenienti dalla successione saran percepite, ma poco monta; la legge considera che l'obbligazione del marito, come amministratore, incomincia al momento in cui s'apre il dritto della moglie, e, conseguente al suo principio, pone a questo momento stesso il punto di partenza dell'ipoteca che guarentisce questo dritto (1).

775. Ma in quanto concerne l'ipoteca per le somme dotali provvenienti dalle donazioni fatte alla moglie durante il matrimonio, la data ne è fissata in termini il cui senso non è così preciso; l'ipoteca esiste, in questo caso, secondo il nostro articolo, a contare *dal dì che le donazioni ànno avuto il loro effetto*. Su di che è a domandarsi qual è il dì in cui una donazione à avuto il suo effetto. E forse, come indicano alcuni autori, il dì in cui la donazione è stata accettata? Sì, senza dubbio, se si tratta di una donazione tra vivi pura e semplice. Ammettiamo, in questo caso, che allo istante istesso in cui la donazione è accettata nasce l'obbligazione del marito, come amministratore; ed ancorchè la percezione delle somme provvenienti dalla donazione fosse ritardata, riconosciamo che con l'amministrazione del marito nasce l'ipoteca della moglie. Ma se la donazione è stata fatta sotto una condizione sospensiva, non *avrà il suo effetto* che con lo evento della condizione; ed allora si sta nel principio della legge, nello stesso mentre che si applicano pienamente i suoi termini dando data all'ipoteca dal dì in cui la condizione si è effettuita (2).

VIII. — 758. Infine, il nostro articolo ci parla, in ultimo luogo, della ipoteca della moglie per la indennità de' debiti che à contratti col marito e pel reimpiego de' suoi proprii alienati. Nell'antica giurisprudenza, l'ipoteca per queste cause non era stata riconosciuta originariamente; non s'introdusse che con l'uso e come una risorsa offerta alla moglie che si supponeva non esser libera nel consenso da essa dato, sia obbligandosi col marito, sia alienando i suoi proprii. Ed accordandole quest'ipoteca, sen fece rimontar la data al dì del contratto di matrimonio o della benedizione nuziale; questa era almeno la regola generale ed il dritto comune; non era il dritto assoluto, chè, in talune province, e massime in Normandia ed in Brettagna, l'ipoteca non datava che dal dì della obbligazione o della vendita. Ma aggiungiamo che già, sotto l'antica giurisprudenza, il dritto comune sembrava esagerato. Queste ipoteche in tal modo date alle donne dal dì del contratto di matrimonio o della benedizione nuziale, diceva do Lamoignon, non sono regolari, chè è irragionevole stabilire un'ipoteca anteriore alla obbligazione personale di cui essa è l'accessorio. « La ripetizione delle ipoteche, diceva pure, data alle donne dal dì del contratto di matrimonio, ed in mancanza di questo dal dì della benedizione nuziale, è molto incommoda al marito. Chè sottomette lo stato, la condizione, e la fortuna del marito al capriccio ed alla fantasia della moglie, la quale ricusando di obbligarsi col marito, un uomo ricco di un millone rimane senza credito, e causa che le prime obbligazioni del marito, in cui la moglie non à figurato, possono essere annullate da obbligazioni posteriori del marito e della moglie, alle quali si dà, per conto della moglie, un'ipoteca dal dì del contratto di matrimonio. E, supposto che non vi sia mal umore dal canto della moglie, se è minore di venticinque anni ed incapace di obbligarsi, il marito si troverà nella impossibilità di torre a prestito dieci scudi, a causa delle obbligazioni che la moglie, giunta alla maggiorità, potrà fare col marito, e danno ed in ruina de' creditori particolari del marito, sebbene anteriori in ipoteca (3). »

Queste considerazioni istesse, si è poc'anzi veduto, poneva il Tribunato in rilievo quando si elevava contro il pensiere, formulato nel progetto primitivo del Codice, di far rimontar l'ipoteca legale della moglie, a causa di tutt'i crediti che può avere sul marito, ed anche per la indennità de' debiti contratti con essolui e pel reimpiego de' proprii alienati; ed una data unica, che era quella del matrimonio. E per queste considerazioni appunto ànno i redattori del Codice adot-

(1) V. Tarrible (Rep., v. Iscrizione ipot., § 2, n. 9), Troplong (n. 586). — V. pure Rig. 5 mag. 1841 (Dev. 41. 1. 443).

(2) V. Persil (articolo 2135, § 2 numero 7), Dalloz (p. 135 numero 4). Zachariae (t. II pag. 120, nota 27). V. tuttavia Tarrible e Troplong (ivi).

(3) V. decisioni di Lamoignon (t. I, p. 291 e 292, ediz. del 1702).

tato questo principio, che l'amministrazione o l'obbligazione del marito può sola esser la causa generatrice dell'ipoteca. Or di questo principio, il quale spiega le disposizioni già commentate del nostro articolo, noi ritroviamo ancora l'applicazione in quello di cui ci dobbiamo ora occupare. I redattori del Codice vi sono in effetti fedeli quando, riferendo due nuovi crediti per ragion dei quali la moglie à la sua ipoteca, l'uno risultante dalle obbligazioni contratte dalla moglie col marito, l'altro risultante dall'alienazione de' suoi proprii, fissano la data delle ipoteche, in quanto al primo, al *dì dell' obbligazione*, poichè in questo giorno soltanto si alloga l'atto che forma l'origine del credito, ed in quanto al secondo, *al dì della vendita*, poichè dal dì soltanto che i proprii sono venduti può il marito essere obbligato ad indennizzare la moglie dell'alienazione.

Taluni speciali ed importanti particolari si rallegano a ciascuna di queste due cause di ipoteca precisamente al punto di vista della data; e ci ritorneremo bentosto sopra successivamente.

759. Ma prima di tutto, ritroviamo qui, per lo effetto della differenza esistente tra la nuova e l'antica legislazione la quistione transitoria che abbiamo testè rinvenuta occupandoci della ipoteca legale della moglie a causa delle successioni scadutele o delle donazioni fattele durante il matrimonio (v. *supra*, n. 755). È uopo esaminarla innanzi tutto.

Supponiamo dunque che una donna, maritata sotto lo impero dell'antica giurisprudenza, abbia dopo la promulgazione del Codice Napoleone, contratto col marito delle obbligazioni importanti, o che abbia consentito alla vendita de' suoi beni proprii. Il marito aveva, dal canto suo, conferito delle ipoteche su' suoi immobili. Dopo tutto ciò, il marito è espropriato ne' suoi beni ed il prezzo de' suoi immobili è distribuito per via d'ordine. Chi, in questo caso, avrà la preferenza, la moglie, a causa, sia della indennità de' debiti da essa contratti col marito, sia del reimpiego de' suoi proprii alienati, o il creditore a cui il marito aveva prima conferito delle ipoteche? Potrà la moglie, attenendosi alla legislazione sotto il cui impero si è maritata, dire che la preferenza le è dovuta, in virtù di questa legislazione la quale, per regola generale, faceva rimontar la sua ipoteca, per le cause onde qui si tratta, al dì del contratto di matrimonio o della benedizione nuziale? O, al contrario, potrà il creditore del marito, invocando la nuova legislazione sotto il cui impero la moglie si è col marito obbligata o à consentito la vendita de' suoi proprii, pretendere che la preferenza deve dargiisi in virtù di questa legislazione che non accorda la sua ipoteca alla moglie se non dal dì dell'obbligazione o della vendita? Se seguissimo su tal punto la dottrina del Grenier, indicata più innanzi (v. n. 755), è chiaro che la pretensione del creditore dovrebb' essere accolta. Il Grenier ci à in effetti detto, che l'ipoteca della moglie, a causa delle somme dotali provvenienti da successioni scadute o da donazioni fatte durante il matrimonio rimonta al matrimonio, sebbene il Codice abbia posta la data dell'ipoteca all'apertura della successione o al dì che la donazione à avuto il suo effetto, perchè l'ipoteca, in questo caso, si rallega ad un fatto eventuale e *completamente indipendente dalla volontà della moglie*. Or qui, ove il fatto eventuale è, al contrario, *tutto potestativo*, poichè dipende dalla volontà de' coniugi di non obbligarsi o di non vendere i proprii della moglie, la conseguenza sarebbe che l'ipoteca non avrebbe la sua data che al dì dell'obbligazione o della vendita; e ciò in fatti decide il Grenier (1). Ma la quistione non è questa; ed evidentissimamente, non v'à di più arbitrario che subordinare la scelta della legislazione da applicarsi al punto di sapere se il fatto nel quale la moglie trova il suo dritto all'ipoteca è o no potestativo dal canto suo (2). Qui, come pel credito a causa di somme dotali provvenienti da successioni o da donazioni, tutto sta nella valutazione del dritto acquisito alla moglie col suo contratto di matrimonio.

Or, nella nostra specie, la moglie, maritandosi, à acquistato dritto ad un'ipoteca rimontante retroattivamente al dì stesso del contratto o della celebrazione del matrimonio per la indennità de' debiti che potesse contrarre col marito o pel reimpiego de' suoi proprii se venissero ad essere alienati; e tuttochè fosse eventuale al momento del matrimonio, questo dritto non à potuto subire alcuna lesione dalle disposizioni legislative intervenute ulteriormente. La pretensione della moglie deve dunque, nel caso proposto, prevalere su quella del creditore.

(1) V. Grenier (t. I, n. 241).

(2) V. Dalloz (p. 123, n. 6), Troplong (n. 630).

Tuttavia la Corte di cassazione vi si era in prima ingannata. Chiamata, nel 1816 per la prima volta, a pronunciarsi sulla quistione, pensò che una donna maritata anteriormente al Codice Napoleone, e che non aveva presa iscrizione sotto la legge degli 11 brumaio anno 7, non era stata ammessa a reclamare, per garentia d' un' obbligazione da lei contratta col marito dopo la pubblicazione del Codice, un' ipoteca rimontante al contratto di matrimonio, nè tampoco alla data della pubblicazione del Codice, e che la sola data a cui poteva esser riportata l' ipoteca era quella dell' obbligazione. La Corte si poggiava allora sul non poter la moglie, per non aver mai presa iscrizione, invocare per causa della sua ipoteca legale se non la disposizione dello articolo 2135 del Codice Napoleone; ma che eccependo questo articolo, doveva prenderlo nel suo insieme, ed invocandolo nella parte che dà la sua esistenza all' ipoteca indipendentemente da ogni iscrizione, non poteva respingerlo in quella la quale, a causa dell' indennità per debiti contratti col marito, fissa la data dell' ipoteca al dì dell' obbligazione (1). Ciò nonostante non era che uno sbaglio; e la Corte di cassazione medesima l' à bentosto riconosciuto. Il dritto che eccepisce la donna maritata prima della pubblicazione dal Cod. Nap. non è affatto quello che consacra questo Codice nel suo art. 2135: è sempre il dritto che tiene dalla legge sotto il cui impero si è maritata, ed esclusivamente di quest' ultima legge ella invoca il benefizio. Or questo dritto à ben potuto esser sottomesso a condizioni accessorie dalle leggi che sono succedute a quella sotto cui è nato; ma il merito istesso del dritto è rimasto, e le leggi ulteriori non lo han leso per nulla. Pertanto, la legge degli 11 brumaio anno 7 non à fatto perdere alla moglie l' ipoteca che teneva dalla legislazione sotto il cui impero si è maritata, per la indennità de' debiti, o il reimpiego de' proprii alienati; à esatto soltanto che questa ipoteca fosse resa pubblica con la iscrizione fra un' epoca determinata. Per conseguenza, il Codice, sostituendosi alla legge di brumaio, non à creata questa ipoteca della moglie che già esisteva e non aveva cessato di esistere; l' à semplicemente esonerata dalla regola della pubblicità a cui era stata sottomessa da quest' ultima legge, ma soltanto ne l' à esonerata sotto la riserva de' dritti acquistati a terzi prima del dì in cui è stata pubblicata. Che conchiudere da ciò? Che avendo la moglie disobbedito alla legislazione transitoria o intermediaria che aveva esatta una iscrizione nel termine fissato, la si potrà far precedere sugl' immobili del marito da creditori a cui costui avesse conferito delle ipoteche che il Codice avrebbe trovate iscritte. Ma è tutto detto; e questo dritto ipotecario della moglie, in ogni altra circostanza, rimarrà intiero con tutte le sue prerogative, e massime con la data che gli assegna la legislazione sotto il cui impero è nato, perchè, ripetiamolo, è questo un dritto acquistato il quale il Codice Napoleone non à avuto pensiere di toccare. La giurisprudenza è ora definitivamente fermata in questo senso (2). E conchiudiamo con la Corte di cassazione medesima, ed avvalendoci de' termini de' suoi arresti, che quando il nostro articolo dispone che l' ipoteca delle mogli su' beni de' loro mariti, per la indennità de' debiti o il reimpiego de' proprii alienati, data, non dal dì del matrimonio, ma da quello dell' obbligazione della vendita, non statuisce che per lo avvenire ed unicamente riguardo alle donne maritate dopo la pubblicazione del Codice, e che quanto si attiene alla costituzione dell' ipoteca ed al suo grado, in ciò che concerne le donne maritate anteriormente, rimane regolato dalle leggi antiche, salvo i dritti che i terzi avesser potuto acquistare, in danno loro, in virtù della legge degli 11 brumaio anno 7.

Ciò posto, passiamo alle due ipotesi prevedute in quella disposizione del nostro articolo che ci occupa attualmente.

760. La prima ipotesi à per oggetto la *indennità de' debiti*. Il nostro articolo, come abbiamo già indicato, ci dice che la ipoteca attribuita alla moglie per questa causa esiste, indipendentemente da ogni iscrizione, *a far tempo dal dì dell' obbligazione* che la moglie avesse sottoscritta col marito.

Su di che è a domandarsi, in primo luogo, se le parti potrebbero derogare a questa disposizione della legge e stipulare utilmente, nel contratto di matrimonio che la moglie avrà la sua ipoteca legale ad un' altra data, e specialmente a quella del matrimonio. In una specie retta dallo antico dritto, e che si era prodotta in un paese la cui consuetudine, per eccezione alle regole generali dell' antica giurisprudenza, non faceva rimontar l' ipoteca della moglie per tal-

(1) Rig., 7 maggio 1816.

(2) V. Corte di cassazione, 10 febbr. 1817, 23 giugno 1824, 10 gen. 1827, 12 agosto 1834 e 26 gennaio 1836. V. pure Metz, 18 luglio 1820; Colmar, 14 maggio 1821; Lione, 11 aprile 1823; Rouen, 19 marzo 1835; Parigi, 26 marzo 1830; Poitiers, 18 giugno 1838 (Dev., 34, 1, 693; 36, 1, 89; 35, 2, 296; 36, 2, 209, 38, 2, 442).

causa che alla data dell'obbligazione, la Corte di cassazione si è pronunziata per l'affermativa: à deciso che, sotto la consuetudine di Brettagna, il cui art. 439 non accordava alla moglie ipoteca su' beni del marito, per la indennità de' debiti che aveva secolui contratti, che a contare dal dì dell'obbligazione i coniugi han potuto stipulare, nel loro contratto di matrimonio, che l'ipoteca della moglie rimonterebbe alla data di questo contratto per tutte le sue riprese (1). E taluni autori àn pensato, sotto l'autorità di questo precedente, che la stipulazione potrebbe farsi anche sotto il Codice Napoleone, ed aver tutto il suo effetto, perchè, dicono essi, si spetta a colui che contratta con un uomo maritato di farsi esibire il contratto di matrimonio, e se questa clausola inceppa il marito nelle sue transazioni deve imputare a sè stesso di averla consentita (2). Crediamo che in ciò gli autori a cui facciamo allusione han perduto completamente di mira i motivi sui quali è fondata la disposizione della legge. Rammentiamoci ciò che ne diceva il Tribunato nelle osservazioni tradotte e formulate dal nostro articolo: « Non è giusto, diceva esso, che vi sia un'ipoteca prima dell'esistenza dell'atto che forma l'origine del credito; è odioso che la moglie, obbligandosi posteriormente, possa precedere de' creditori o degli acquirenti che han contrattato prima col marito. Era questa una fonte di frodi, da esser tempo infine di farla sparire. » Queste osservazioni ànno una importanza che non potrebbe disconoscersi; mostrano con evidenza che, in quanto riguarda la fissazione della data della ipoteca legale, non meno che nella costituzione medesima dell'ipoteca, l'interesse che domina nel pensiere del legislatore, l'interesse che lo determina, è quello dell'ordine pubblico: innanzi tutto, vuol proteggere i terzi contro le frodi a cui potrebbe dar luogo la retroattività dell'ipoteca. Or, si appartiene forse alle parti, e massime a quelle contro cui sono stabilite le precauzioni della legge, di derogare, con le loro convenzioni particolari, a disposizioni di ordine pubblico? Fermar la quistione è risolverla. Evidentemente, simili derogazioni non potrebbero esser permesse; e ciò dev'esser tanto più riconosciuto per quanto se altrimenti fosse, e la legge lasciasse i coniugi liberi di far rimontare al matrimonio l'ipoteca legale che à voluto fissare ad una data ulteriore, alla data in cui nasce il credito garentito da quest'ipoteca, la legge distruggerebbe essa medesima la sua opera, fornendo a' coniugi il mezzo più agevole di ritornare a quegli abusi ed a quelle frodi cui à avuto particolarmente cura di far cessare. Che la Corte di cassazione abbia riconosciuta la stipulazione e le abbia dato il suo effetto nella specie sottomessale, è agevole comprenderlo, se si considera che permettendo alla convenzione di far rimontar l'ipoteca alla data del contratto di matrimonio non faceva del resto che ritornare al dritto comune consuetudinario, ad un principio che allora era in Francia quello della legislazione presa nel suo insieme ed al quale faceva eccezione la legge speciale che reggeva il contratto sugli effetti del quale la Corte doveva statuire. E tuttavia, anche in queste circostanze, e per favorevole che sia il ritorno al dritto comune, non vorremmo dire che la dottrina dello arresto fosse perfettamente sicura. Ma al certo sarebbe impossibile riprodurla oggi, poichè avrebbe per effetto, al contrario, di distruggere la legge comune, e di porre al posto di una disposizione tutta di ordine pubblico una convenzione privata che l'abroga o la modifica!

Adunque, quali che sieno le stipulazioni del contratto di matrimonio, l'ipoteca legale della moglie per la indennità de' debiti da essa contratti col marito non à e non può avere altra data tranne quella dell'obbligazione; ogni stipulazione che le desse un'altra data sarebbe completamente inefficace; una tale stipulazione non sarebbe, in alcun caso, opponibile a' terzi (3).

761. Ciò non è tutto: i motivi stessi della legge che han fatto porre il punto di partenza della ipoteca della moglie, per la indennità dei debiti, alla data delle obbligazioni da essa contratte col marito, esigono che, quando queste obbligazioni risultano da atti privati, l'ipoteca non abbia data che dal dì in cui gli atti hanno acquistato data certa. È chiaro, in fatti, che la legge, il cui pensiere è stato di garentire i terzi, ed in particolare i creditori del marito contro le frodi a cui la retroattività della ipoteca si presterebbe con tanta facilità, fallirebbe al suo scopo se permettesse alla moglie di opporre ai terzi altre obbligazioni diverse da quelle la cui data è certa. A che servirebbe a' creditori la sollecitudine della legge, ed a che mai avrebb'essa fissata all'ipoteca della mo-

(1) Rig., 26 feb. 1820 (J. P., alla sua data; Dalloz, 29, 1, 161).

(2) Delvincourt (t. III, p. 165, nota 7), Dalloz (Rep., v° Iscriz. e Priv., p. 25, alla nota).

(3) Confr. Grenier (t. I, n° 242). Troplong (n° 583 bis).

gie la sua data ed il suo punto di partenza se costei, di concerto col marito, potesse eludere la disposizione della legge, far rimontar l'ipoteca a suo piacimento antidatando i suoi crediti, e torre così fraudolentemente a' creditori del marito il benefizio ed i vantaggi della priorità?

Tuttavia queste idee, che dominano oggi nella giurisprudenza (1), non vi sono state ammesse senza difficoltà. Nelle prime circostanze in cui la quistione si è prodotta, è stata risoluta in senso contrario a quello che indichiamo qui dalle Corti di Parigi e di Orleans, le quali, supponendo una specie di derogazione, da parte del nostro art. 2135, al principio fermato nello art. 1328 del Codice Napoleone, han detto che il legislatore, nel caso del nostro articolo, non ha riguardo che *al fatto dell' obbligazione*; che non esige che l'obbligazione sia constatata con atto autentico o con atto privato, che abbia acquistato data certa, conformemente allo articolo 1328; che l'obbligazione può esistere legalmente senza scritto; e che per tal modo basta che vi sia obbligazione consentita dalla moglie perchè nasca dal fatto medesimo una ipoteca a favor di costei su' beni del marito (2).

Non pertanto, ciò non era che un equivoco. Indubitatamente, ciò che dà adito all' ipoteca della moglie è il fatto di essersi obbligata col marito, del quale con ciò essa diviene mallevadrice. Ma è uopo ancora che questo fatto sia constante, e che sia stabilito non solo in quanto alla sua esistenza, ma eziandio in quanto alla sua data. Or, checchè sen dica, v' ha in ciò una convenzione se non della moglie al marito, almeno del marito e della moglie solidalmente obbligati, al creditore verso cui si sono obbligati. Questa convenzione appunto oppone la moglie agli altri creditori quando viene a pretendersi contro di essi creditrice ad un grado preferibile. Come dunque ed a qual titolo sarebb' essa esonerata dalle regole del dritto comune sulla pruova delle obbligazioni, e specialmente sulla contestazione della data? È ben vero che il nostro articolo non dice nulla della forma della obbligazione, quando esprime che la data medesima di questa obbligazione darà la sua data all' ipoteca della moglie, e massime che non vi si trovano termini che esigano che l' obbligazione sia comprovata con atto autentico o con atto privato che abbia acquistato data certa. Ma che puossi conchiudere da ciò? Nulla, se non che il legislatore se ne è virtualmente riportato a' principii del dritto comune; che quindi l'ipoteca della moglie rimonterà senza difficoltà alla data indicata con l' atto constatante l' obbligazione, se quest' atto è in forma autentica; ma che se l' obbligazione è constatata con un atto privato, l'ipoteca della moglie non daterà, rispetto a' terzi, che dal dì in cui quest' atto avrà acquisito data certa, mercè l' uno de' mezzi indicati dallo articolo 1328.

La conseguenza è necessaria, a parer nostro, e l' applicazione dello articolo 1328 al caso proposto trova la sua giustificazione intiera nella situazione giuridica de'creditori ipotecarii del marito rispetto alla moglie. In deffinitiva, che sono essi rispetto alla moglie, quando si tratta del grado della ipoteca legale accordata a costei per la indennità de' debiti che ha contratti col marito? Sono incontrastabilmente de' *terzi*. Eccepiscono un dritto che loro è proprio e personale, il dritto che tengono direttamente da questa ipoteca la quale colpisce ed affetta realmente per loro conto i beni del loro debitore; questo dritto appunto pongono essi innanti contro la moglie quando le oppongono che, mancando essa di giustificare il suo credito con un titolo che abbia data certa, debbono esserle preferite. In questa situazione, non sono in alcun modo *gli aventi causa* del loro debitore; e non essendo i suoi *aventi causa*, sono necessariamente *de' terzi* che possono, invocando il benefizio dello articolo 1328, sostenere che gli atti del loro debitore non sono ad essi opponibili che quando hanno data certa. Vi sarebbe d'uopo, per torre loro questo mezzo, di una derogazione espressa e formale della legge pel caso proposto. Or questa derogazione non è scritta nè nel nostro articolo nè in alcun altro. Non è dunque possibile supplirla.

Questa soluzione, ripetiamolo, prevale oggi in dottrina ed in giurisprudenza, e la Corte di cassazione l' ha consacrata annullando l' uno degli arresti che avevano ammessa la soluzione opposta (3).

762. Tali sono dunque le regole per la

(1) V. Cass., 5 feb. 1851: Agen, 21 marzo 1851; Rouen, 21 marzo 1852; Douai, 29 gen. 1857 (Dev., 51, 1, 192; 52, 2, 224 e 535; 57, 2, 491; Dall., 51, 1, 15; 2. 150; 53, 12, 145; 57, 2. 145, J. P., 1841, t. I, p. 535, 1851, t. 1, p. 291, 1857, p. 988). Ved. pure Pellot (t. 1, p. 344), Persil (art. 2135, § 2, n. 11), Demolombe (Riv. crit., t. I, p. 327).

(2) V. Parigi, 31 luglio 1847, Orleans, 24 maggio 1848 (Dev. 47, 2, 483, 50, 2, 146, Dall., 48, (5,2,18

(3) V. lo arresto di cassazione del 5 febbraio 1851 già citato in una delle note precedenti.

prima ipotesi preveduta dal nostro articolo: l'ipoteca accordata alla moglie per la indennità de' debiti da essa contratti col marito non ha e non può avere altra data tranne quella dell' obbligazione sottoscritta col marito, quali si sieno le convenzioni del contratto di matrimonio a tal riguardo; e la la data dell' obbligazione non può tampoco opporsi a' creditori del marito come quella che fissa il grado dell' ipoteca della moglie se non quando l'atto constatante l'obbligazione è autentico, o, se è privato, ha acquistato data certa conformemente allo articolo **1328** del Codice Napoleone.

Ciò posto, dobbiamo occuparci, se non delle difficoltà, almeno delle incertezze che tuttavolta posson sorgere nell' applicazione.

763. Per esempio, Paolo ed Eugenia, maritati, contraggono solidalmente, con atto autentico del 1° febbraio **1849**, un debito di **30,000** fr. Il 1° marzo 1855, Paolo, debitore di Giuseppe di una somma di 10,000 fr., conferisce, sulla sua casa di Versailles una ipoteca cui Giuseppe fa iscrivere lo stesso giorno. Gli 8 marzo 1856, Paolo ed Eugenia tolgono a prestito solidalmente una altra somma di **100,000** fr. Poi, in gennaio **1857**, la casa di Versailles è venduta da Paolo mercè **90,000** fr. Essendosi aperto un ordine per la distribuzione di questo prezzo, Giuseppe vi si presenta pel suo credito di 10,000 fr., garentito da un' ipoteca convenzionale iscritta alla data del 1° marzo 1855; ma Eugenia vi si presenta egualmente, e vi reclama un grado di preferenza pe' **130,000** fr. risultanti dalle due obbligazioni che ha contratto solidalmente col marito alle date del 1° febbraio 1849 ed 8 marzo 1856. È mai fondata tale sua pretensione? e sebbene la seconda obbligazione da essa contratta sia posteriore per la sua data alla iscrizione presa da Giuseppe, dovrà mai precedere quest'ultimo, anche a causa di questa seconda obbligazione? La negativa è certa, e sembra che non sia neppur quistionabile. E tuttavia troviamo un arresto il quale, rallegandosi, per un errore inesplicabile, al principio della indivisibilità dell' ipoteca generale, ha deciso che la moglie, in questo caso, (o il creditore che aveva surrogato nella sua ipoteca legale), aveva il dritto di esercitare l' ipoteca sullo immobile il cui prezzo era in distribuzione per la totalità delle sue riprese, tanto più che lo ammontare di queste riprese eccedeva il valore di tutti gl' immobili del marito: in conseguenza, lo arresto ha permesso che la moglie fosse collocata in esclusione del creditore, poichè il pegno speciale di costui si trovava assorbito in totalità ed al di là de' crediti riuniti della moglie! Questa decisione (ne vale la pena di dirlo?) non è sfuggita alla cassazione. Indubitatamente, l' ipoteca generale in sè stessa è indivisibile; ma gli è un dare alla indivisibilità una estensione a cui niuno ha mai pensato, il conchiudere che l' ipoteca dev' essere collocata indivisamente e sempre per la totalità de' crediti a cui è annessa. Anche per la ipoteca legale della moglie, ciò non è veramente proponibile in presenza del nostro articolo, il quale dà espressamente a questa ipoteca diverse date, avuto riguardo alla natura dei crediti garentiti, e quando questo articolo ci dice che la ipoteca della moglie per la indennità de' debiti da essa contratti col marito nasce alla data dell' obbligazione, il senso intimo indica che l' ipoteca non può esser reputata indivisibile, quando di fatto vi sono più debiti sottoscritti dalla moglie col marito in epoche diverse. La conclusione da indurre da ciò, nella specie proposta, è che il creditore che ha presa ipoteca su di un immobile del marito, ma anteriore ad un secondo debito, deve esser preceduto, sul prezzo di questo immobile, dall' ipoteca legale risultante dal primo debito, ma deve precedere l' ipoteca legale risultante dal secondo. Così ha giudicato la Corte suprema, annullando lo arresto a cui facciamo allusione (1).

764. Per esempio ancora, Paolo, maritato con Eugenia, vende la sua casa di Versailles, il 1° febbraio 1849, ed al 1° febbraio 1850 contrae solidalmente con la moglie un prestito di 10,000 fr. Poi ha de'rovesci tali che la moglie fa pronunziare la sua separazione di beni. La liquidazione ha luogo, e costei è riconosciuta creditrice del marito, tra le altre cause, per la indennità del debito contratto il 1° febbraio 1850. Ella pensa allora che la sua ipoteca legale, a causa di questo credito, si estende alla casa di Versailles venduta dal marito il 1° febbraio 1849; quindi fa intimazione allo acquirente di pagare o rilasciare. È fondata? No, evidentemente; chè l'ipoteca per indennità de' debiti non ora nata che alla data dell'obbligazione contratta dalla moglie col marito, ed è impossibile che abbia gravato, ad un momento qualunque, lo immobile uscito dalle mani e dal patrimonio di costui prima della data di questa obbligazione (2).

(1) Cass., 16 nov. 1859. — V. pure Corte di cass. 4 gen. 1815.

(2) V. Riom, 6 dec. 1848, Dev. '49, 2, 147.

765. La stessa applicazione è stata fatta in circostanze meno semplici, ed in cui poteva sembrare non essere senza qualche difficoltà. Così, Paolo ed Eugenia son maritati sin dal 16 sett. 1806; nel corso del matrimonio, e il 16 maggio 1819, Paolo vende la sua casa di Versailles a Giuseppe, il quale sen pone in possesso, e trascura di adempiere le formalità della purgazione. Decorrono molti anni, e Paolo ed Eugenia si obbligano solidalmente verso Pietro, il quale, inoltre, è surrogato nella ipoteca legale di Eugenia. In questo stato nel 1810 si apre un ordine sul prezzo di taluni immobili appartenenti a Paolo. Eugenia vi viene a produrre ed a domandare di esser collocata, tra le altre cause, *per la restituzione della sua dote, al dì del matrimonio*, secondo il § 1, n. 2, del nostro articolo. Ma Pietro, surrogato nella ipoteca legale di Eugenia, ottiene in pari tempo la sua collocazione in sott' ordine sulla collocazione di costei, ed accade che lo ammontare della collocazione accordata ad Eugenia è assorbito da Pietro, collocato in sott' ordine. Allora appunto Eugenia, considerandosi sempre come creditrice della sua dote a causa della quale aveva un' ipoteca legale rimontante al dì del matrimonio, ossia, nella specie, al 16 settembre 1806 pensa alla vendita consentita dal marito, il 16 maggio 1819, della sua casa di Versailles, e trovando lo acquirente sempre in possesso gli fa intimazione di pagare o rilasciare.

Tuttavia, la pretensione non era più fondata qui che nella specie precedente. Dal momento che la moglie era stata collocata in ordine utile per la totalità della sua dote sul prezzo di vendita di beni appartenenti al marito, era reputata essere stata rimborsata di questa dote, tuttochè in fatto, la collocazione avesse profittato, non a sè stessa personalmente, ma al creditore rispetto al quale si era obbligata solidalmente col marito, e che era stato collocato in sott' ordine in suo luogo e vece, in virtù dell' obbligazione solidale: soltanto, era da ciò risultato per la moglie, a' termini dello articolo 1431 del Codice Napoleone, che col mezzo della collocazione in sott' ordine, ella si trovava di aver pagato, come garante, il debito del marito; di tal che il credito che primitivamente aveva per la restituzione della sua dote era sostituito al credito che acquisterebbe allo istante istesso contro il marito pel rimborso di ciò che aveva così pagato. Or la ipoteca annessa a questo credito non aveva più, secondo il nostro articolo, altra data tranne quella dell' obbligazione solidale sottoscritta dal marito e dalla moglie e soddisfatta da costei; e come quest' obbligazione non esisteva ancora al momento in cui la casa venduta dal marito era stata acquistata dal terzo detentore, senza alcun fondamento era stato a quest' ultimo intimato di pagare o rilasciare. Così ha deciso la giurisprudenza nelle due circostanze in cui si è elevata la difficoltà (1): la soluzione non può che essere approvata.

Queste applicazioni sono sufficienti per la intelligenza del nostro testo; e, senza insistervi altrimenti, passiamo alla seconda ipotesi che prevede e che regola.

766. Questa seconda ipotesi ha per oggetto *il reimpiego de' proprii alienati*. Il nostro articolo ci dice che la ipoteca della moglie, per questo credito, esiste, indipendentemente da ogni iscrizione, *a far tempo dal dì della vendita*. Le osservazioni presentate in occasione dell' ipotesi precedente si applicano generalmente a questa. Pertanto, le parti non possono derogare, con le convenzioni particolari del loro contratto di matrimonio, alla disposizione della legge, stipulando che la moglie avrà, pel reimpiego de' suoi proprii alienati, un' ipoteca rimontante *al dì del matrimonio*; ed ancorchè la alienazione de' proprii avesse avuto luogo in virtù di una clausola del contratto di matrimonio con cui il marito fosse stato autorizzato a vendere i beni della moglie nello interesse de' suoi proprii affari, la data dell' ipoteca sarebbe pur sempre fissata al dì dalla legge indicato (2). Così pure, gli atti di alienazione dei quali nasce la ipoteca legale della moglie non possono opporsi ai creditori del marito che quando la esistenza e la data ne sono certi. Così infine, nel concorso di alienazioni successive, i beni del marito non sono gravati dell' ipoteca che alle date diverse di queste alienazioni, di tal che i creditori iscritti nello intervallo non posson mai esser preceduti che a causa delle alienazioni consentite ad una data anteriore a quella della loro iscrizione; ecc. In pochi detti, si può dire del reimpiego de' proprii alienati ciò che abbiamo detto della indennità de' debiti contratti dalla moglie col marito; e sembra che i due casi avrebber potuto esser riuniti nel commentario, come lo sono nel testo della legge, che abbraccia questi due oggetti in una medesima disposizione.

(1) V. Parigi, 3 dec. 1838, Bourges, 30 luglio 1833 (1 P. 1839, t. II, p. 617, Dev. 35, 2, 586).

(2) V. Troplong, n. 589.

767. Ma quello che ci occupa nel presente momento ha dato luogo, in questi ultimi tempi, ad una difficoltà particolare. Si era domandato se la disposizione del nostro articolo, che non dà ipoteca alla moglie, pel reimpiego de' suoi proprii alienati, se non a contare dal dì della vendita, si applica limitativamente alle donne maritate sotto il regime dotale. Fin qui questo punto di dritto non aveva formato difficoltà; ed è uopo dire che la legge sembra averlo deffinito con la sua economia medesima. In effetti, assimila in qualche modo, o almeno riunisce in un medesimo pensiere e confonde in una medesima disposizione queste due cause distinte di crediti: l' obbligazione sottoscritta dalla moglie congiuntamente col marito, e l'alienazione de' suoi proprii col suo concorso o consenso. Or quest' assimilazione soltanto, questa fusione, non è restrittiva per sè stessa? Notiamo bene ciò. I crediti della moglie per debiti contratti da lei congiuntamente col marito si producono in generale nel regime della comunione: la legge si riferisce agli articoli 1431, 1487, 1494, che hanno analogo regime dotale. Il regime della comuoione adunque ha la legge in veduta quando ci parla della indennità de' debiti contratti dalla moglie col marito. E come ammettere allora, come supporre che non abbia ancora questo medesimo regime in veduta quando, allo istante istesso e nella medesima disposizione, nel medesimo membro di frase, ella parla *del reimpiego dei proprii olienati*? Ciò non è al certo che una indozione; ma veniamo al testo istesso della legge, ed osserviamo tutto ciò che questa induzione vi trova di forza. Di che parlasi in effetti? Della ipoteca pel reimpiego dei proprii alienati! *De' proprii*, ossia di una classe di beni che, nel linguaggio del dritto, prendono il nome di proprii in opposizione a' beni *comuni*. Or non vi sono beni comuni se non nel regime della comunione. Tutto è separato nel regime dotale, ed i beni della moglie non sono *de' proprii*; sono de' beni *dotali* o de' *parafernali*. Le parole qui hanno un valore di cui è uopo saper tenere conto; il legislatore, al certo, non vi si è ingannato.

Laondè, ripetiamolo, niuna difficoltà si era elevata fino a questi ultimi tempi sulla quistione. L' opinione unanime degli autori e le soluzioni della giurisprudenza eran fissate in questo senso, che l' ipoteca legale della moglie dotale rimonta retroattivamente alla data del matrimonio, salvo in quanto concerne i dritti eventuali dotali, e che per tal modo l' ipoteca della moglie dotale, *pel reimpiego de' suoi beni dotali alienati*, non è governata, in quanto alla sua data ed al suo punto di partenza, dal n. 2, § 3, del nostro articolo. Si è la opinione sostenuta da Rodière nel nostro *Trattato del Contratto di Matrimonio*; l' abbiamo noi stessi sviluppata altrove (1), e la ritroviamo negli arresti piuttosto come la espressione di una regola di dritto che come discussione di un punto di controversia (2).

Ecco tuttavia che la Corte di Caen, infrangendo la unanimità che s' era stabilita, decide al contrario che l'ipoteca legale della moglie sui beni del marito, a causa del prezzo della vendita de'suoi beni dotali, quando l' alienazione no è stata autorizzata dal contratto di matrimonio a condizione di reimpiego, *rimonta non al dì del matrimonio, ma al dì della vendita soltanto* (3). Noi non crediamo che la dottrina di questo arresto sia destinata a prevalere su quella che fin qui aveva per sè l' assentimento unanime (4).

In vano la Corte di Caen à fatto appello alle discussioni della legge per istabilire che nel pensiere del legislatore, la regola fermata nel num. 2, § 3, del nostro articolo deve essere applicata indistintamente alla donna dotale ed alla donna maritata in comunione. Queste discussioni già le conosciamo; chè si riassumono nelle osservazioni del Tribunato di sopra riprodotte (v. num. 751). Or queste osservazioni, ben lungi dal dare appoggio allo arresto della Corte di Caen, ruinano dalla sua base la teoria di questo arresto: basta, per convincersene, di riportarsi a' principii stessi che ànno ispirato le distinzioni proposte dal Tribunato, ammesse poi e consacrate dal nostro articolo. Che ha voluto il Tribunato e che ha domandato? Ripetiamolo, che l'ipoteca della moglie non nascesse mai prima del credito, e che in qualunque ipotesi l'amministrazione del marito fosse la causa generatrice della sicurezza ipotecaria. Ebbene, questo principio, la cui

(1) V. Riv. crit., t. II, p. 386 e seg.

(2) V. il nostro Trattato del Contratto di Matrimonio (t. II, n. 677). — V. pure Tessier (Della Dote t. II, n. 134, 2.) Troplong (n. 589 bis.), Benech (Dell'Imp. e del Reimp., n. 111).—Arrogi, C. cass, 27 luglio 1826, Grenoble, 6 gen. 1831.

(3) Caen, 7 luglio 1851 (Dev., 52, 2, 92, Dalloz, 52, 243, J. P., 1852, t. I, p. 630).

(4) L' arresto, tuttavia è stato seguito da un ricorso per annullamento che è stato rigettato, v. Ric. 21 dec. 1853 (Dev., 54, 1, 11, Dall., 54, 1, 9), ma il rigetto si rallega ad un punto di dritto che non riflette la nostra quistione, di tal che la decisione della Corte di Caen rimane isolata.

applicazione è stata fin qui da noi ritrovata in ciascuna delle soluzioni sanzionate dal nostro articolo, non si comprenderebbe più, e coloro che l'han fermato vi avrebbero essi stessi derogato, se, dichiarando poi che la moglie non deve aver ipoteca pel reimpiego de'suoi proprii alienati che a datar dalla vendita, avessero inteso che la moglie, anche dotale, sarebbe sottomessa a questa regola, e che non avrebbe ipoteca, a causa de'suoi beni dotali alienati, che a contare dal dì dell'alienazione. In tal modo compresa, la disposizione del nostro articolo sarebbe affatto inconseguente al principio su cui poggia lo insieme dello articolo, perchè la dote è un onere che gravita sul marito sin dallo istante del matrimonio; perchè se questa dote si trasforma per lo effetto di un' alienazione, questa trasformazione medesima è un atto della gestione del marito, della gestione che egli tiene dal contratto di matrimonio, e che così la sicurezza delle somme che costituiscono la dote primitiva non può, a pena d'inconseguenza, avere altro punto di partenza oltre quello della gestione medesima, di quell'amministrazione del marito la quale, nel pensiere della legge, è la causa generatrice dell'ipoteca.

Laonde il Tribunato, e dopo di esso i redattori del Codice, non sono caduti in questa inconseguenza. Ciò si dimostra, come abbiamo già indicato, con la economia medesima della disposizione che in questo momento spieghiamo e con le espressioni che vi sono adoperate. Certo, quando da un canto i redattori della legge si occupano del reimpiego de'beni alienati della moglie, nella disposizione medesima e nel membro di frase ove parlano di un altro credito che appartiene in generale al regime della comunione; quando, d'altra parte, adoperano per designare questi beni la qualificazione significativa di *proprii*, la quale appartiene a questo medesimo regimo della comunione, ove è adoperata in opposizione a quest'altra qualificazione di beni *comuni*, indicano nel modo più chiaro che ciò che hanno esclusivamente in veduta è un credito che appartiene al regime della comunione. E così limitata, la soluzione fa del principio medesimo che serve di base al nostro articolo un'applicazione esatta quanto quelle di cui ci siamo fin qui occupati; perchè niuna obbligazione gravita sul marito della donna in comunione di beni relativamente a' proprii di costei; perchè l'alienazione soltanto genera l'obbligazione, e quindi l'alienazione soltanto può dar adito all'ipoteca.

Non bisogna dunque cercare nelle discussioni di cui il nostro articolo è stato preceduto la spiegazione e la giustificazione della teoria che la Corte di Caen ha consacrata; queste discussioni studiate con la guida del principio che le domina, dimostrano, al contrario che, nella parte della legge relativa all'ipoteca pel reimpiego de'proprii alienati, soltanto l'obbligazione del marito della donna *in comunione di beni* è in quistione; che, in quanto a quella del marito *della moglie dotale*, è oramai fuori causa, trovandosi il dritto della moglie, a tal riguardo, già fissato dalla prima applicazione fatta del principio, cioè, che la moglie ha una ipoteca legale, *a far tempo dal dì del matrimonio*, a causa della sua dote e *delle convenzioni matrimoniali*

Era questo, ripetiamolo, un punto di dritto che poggia sull' assentimento unanime; e se non basta di aver citate le autorità che l'avevan consacrato, faremo appello a discussioni che indubitatamente non sono state conosciute dalla Corte di Caen, e nelle quali questo punto di dritto è stato, fino ad un certo segno, sanzionato da una specie d'interpretazione legislativa. Intendiam parlare delle discussioni che si agitavano di recente sul progetti di riforma ipotecaria.

Il progetto sottomesso dalla commissione all'assemblea legislativa conteneva un articolo (art. 2130) la cui redazione era la riproduzione esatta dal nostro art. 2135, ed in particolare del n° 2, § 3; questo articolo esprimeva dunque, come quello che è nel Codice, « che la moglie non ha ipoteca, per la indennità de'debiti contratti col marito, *e pel reimpiego de'suoi proprii alienati*, se non a contare dal dì dell'obbligazione o *della vendita.* » Ebbene, in presenza di questa disposizione, Rouher propone di *aggiungere* che la moglie non avesse ipoteca « *pel prezzo de' suoi immobili dotali alienati che dal dì dell'alienazione.* » Si è reclamato contra questa disposizione? Punto nè poco. Niuno è venuto a dire che il punto era già fissato dalla disposizione relaliva all'ipoteca per reimpiego de'proprii alienati, essendo questa disposizione generale ed applicabile alla donna dotale come alla donna maritata in comunione. Lungi da ciò: la proposizione fu rinviata alla commissione, che anzi emise ad un tratto un voto di adozione. Pertanto, era riconosciuto, e, del resto, erasi detto nella discussione che il § 3 del n°2 del nostro art. 2135 non aveva regolato, in quanto alla data dell'ipoteca pel prezzo de'proprii alienati, che la sorte della donna maritata in comunione; che questa disposizione era estranea alla donna maritata sotto il regime dotale; ed appunto perchè il caso non vi era preveduto, nè più nè meno

che nel testo corrispondente al progetto di discussione, erasi proposto di farne l'oggetto di una disposizione addizionale.

La commissione dell'assemblea ritornò poi, è vero, sull'avviso che aveva emesso: dopo un nuovo esame, propose all'assemblea il rigetto di una disposizione di cui aveva creduto in prima poter proporre l'ammissione. Ma perchè? Fu essa determinata dal pensiere che la disposizione farebbe doppio impiego con quella che già esisteva sull'ipoteca per reimpiego de'proprii alienati? Punto nè poco; ed ecco, a tal rigoardo, i motivi quali furono esposti da de Vatimesnil: « Noi non possiamo abbracciare tutt'i casi, tutte le combinazioni diverse che posson risultare dalla volontà e dalle stipolazioni delle parti. Siamo dunque obbligati a ritornare a questo punto: *ove vi sarà un credito vi sarà un'ipoteca legale alla data del credito.* Ma quando esisterà e nascerà il credito? Tutto ciò dipenderà dal contratto; sono quistioni di applicazione del contratto anzichè quistioni di dritto, ed abbiamo pensato, riflettendovi meglio, che il Codice civile era stato saggio limitandosi a fermare il principio che la moglie avrebbe una ipoteca legale, quante volte avesse un credito, e non entrando ne'particolari — Vi proponiamo, quindi, di rigettare l'ammendamento di Rouher, di cui, ieri, con minore riflessione, vi avevamo proposta l'adozione.... » E, su queste osservazioni, Rouher medesimo abbandonò il suo ammendamento, rimettendo alla giurisprudenza la cura di troncar le quistioni dottrinali che risulterebbero dalla legge, e massime la cura d'interpretare i contratti di matrimonio (Seduta del 13 febbraio 1851).

Per la qual cosa, si pensò che la quistione mossa da Rouher non era suscettiva di ricevere una soluzione assoluta; unicamente per tal motivo l'ammendamento proposto per risolverla legislativamente fu eliminato. Or, in presenza di questa discussione in cui vi trova, ripetiamolo, una specie d'interpretazione legislativa, è permesso di dire più che mai che non si potrebbe applicare alla donna maritata sotto il regime dotale, per l'alienazione del fondo dotale fatta dal marito, una regola che il § 3 del n° 2 del nostro articolo non ha stabilita che relativamente alla donna maritata sotto il regime della comunione di beni pel reimpiego de'suoi proprii alienati (1).

768. Tuttavia la quistione, come ha benissimo detto la commissione dell'assemblea legislativa, non comporta una soluzione assoluta. Sonovi diverse ipotesi da prevedere. L'alienazione del fondo dotale può essere stata autorizzata dal contratto di matrimonio con convenzione che fosse consentita dalla moglie, ed in tal caso può essere stata fatta dal marito con o senza il consenso o concorso di costei. Può accadere, infine, che l'alienazione del fondo dotale sia stata fatta dal marito in violazione del contratto di matrimonio, ossia nel caso in cui non fosse stata autorizzata dalle convenzioni matrimoniali. La soluzione che abbiamo difesa non sarebbe egualmente ammessa in questi diversi casi.

Ammettiamola senza difficoltà quando l'alienazione, autorizzata dal contratto di matrimonio, è stata fatta dal marito senza il consenso della moglie. In questo caso anzidetto è vero dire che la dote è un onere che gravava il marito sin dallo istante del matrimonio, e che la trasformazione operata per l'effetto dell'alienazione essendo un atto della gestione del marito, è necessario che la sicurezza ipotecaria a cui la moglie ha dritto per la restituzione del prezzo rimonti al punto di partenza di questa gestione, che è la data medesima del matrimonio. Del rimanente, lo arresto della Corte di Caen di cui abbiamo censurata la dottrina non istà in questa ipotesi; e si potrebbe anzi dire che, su questo punto almeno, siffatto arresto non è uscito dalle tradizioni generalmente seguite; chè, approfondendo i termini della decisione, sen trarrebbe agevolmente l'idea che, in questo caso particolare, la moglie non sarebbe rigettata nella pretesa di un'ipoteca rimontante retroattivamente al dì stesso del matrimonio.

769. Ammettiamo ancora questa retroattività nel caso in cui l'alienazione del fondo dotale fosse stata permessa al marito, e fosse stata da lui fatta col consenso o col concorso della moglie. È precisamente la specie che si presentava innanzi la Corte di Caen. Indubitatamente sembra che questo caso non è senza analogia con quello in cui la moglie in comunione di beni consente alla vendita dell'uno de'suoi proprii, ossia col caso che che prevede specialmente il § 3, n° 2 del nostro articolo, per fissare la data dell'ipoteca *al dì della vendita.* Ma, come dice Rodière, nel nostro *Trattato del contratto di matrimonio* (2): « L'analogia è fallace. La moglie

(1) Questa discussione innanzi all'assemblea legislativa, che avevamo già invocata (v° *Riv. crit. tri*, p. 394), in appoggio della nostra opinione, è stata rammentata poi da Troplong, il quale non esita a darle lo stesso significato ed estensione. (V. la 5ª ediz. del *Comm. de'priv. ed ipot.*, t. II, p. 379, alla nota).

(2) V. Trattato del contratto di matrimonio (t. II, pag. 677).

in comunione di beni è reputata meno dipendente dal marito, della moglie sotto il regime dotale; e, da un'altra banda, l'alienazione di un proprio il cui prezzo può divenire per la comunione una fonte di guadagni considerevoli profitta comunemente molto più alla prima che l'alienazione dell'immobile dotale non può profittare alla seconda. È dunque affatto equo concedere a costei un'ipoteca più vantaggiosa che all'altra, chè è naturale che le sicurezze del credito sieno in ragione inversa de'vantaggi che questo credito procura. »

Aggiungiamo che se ciò è equo e naturale è ancor ben giuridico. Notiamo in fatti che, nel caso medesimo in cui la moglie sotto il regime dotale si riservi di consentire ad una alienazione che il contratto di matrimonio autorizza sotto condizione di reimpiego, la posizione del marito relativamente alle obbligazioni che lo ligano rispetto alla moglie differisce essenzialmente dalla posizione del marito rispetto alla moglie in comunione di beni relativamente a'propri di costei. In diffinitiva, se quando il marito della donna sotto il regime dotale è autorizzato ad alienare anche senza il concorso della moglie, l'alienazione del fondo dotale che consente è valida per sè stessa, senza che sia necessario aggiungervi la ratificazione della moglie, il pagamento almeno non è valido se non è accompagnato dal reimpiego. Or questo reimpiego è prescritto dal contratto di matrimonio; è una condizione anzi dell'amministrazione conferita al marito da questo contratto; ed in ciò particolarmente al punto di vista che ci occupa, il caso che supponiamo ora, quello in cui l'alienazione non è autorizzata che col consenso della moglie sotto il regime dotale, si confonde onninamente col caso del numero precedente, ove l'alienazione è permessa al marito soltanto. Qui in effetti è vero dire che il reimpiego è un'obbligazione correlativa alla facoltà accordata dal contratto di matrimonio, e senza la quale il marito e la moglie non potrebbero alienare; è una condizione inseparabile della concessione con cui è derogato al principio della inalienabilità dotale, e che quindi rientra in quest'amministrazione il cui contratto di matrimonio è la fonte, e di cui la legge ha voluto fare, secondo le osservazioni del Tribunato, il principio stesso ed il fondamento della ipoteca legale. Qui, è vero dire ancora che questa condizione di reimpiego essendo imposta al marito dalle convenzioni matrimoniali, l'ineseeuzione si trasforma in un credito avente la sua causa in queste medesime convenzioni, che si compongono nel loro insieme di tutte le stipulazioni sotto la cui fede il matrimonio è stato contratto. Pertanto, abbiamo ben questo credito a cui l'ipoteca, secondo la espressione di de Vatimesnil è correlativamente legato; e quindi possiamo e dobbiamo conchiudere che l'ineseeuzione della condizione ha la sua sanzione, non nel § 3, ma nel § 1, n° 2, del nostro articolo, ossia nella disposizione che data dal dì stesso del matrimonio l'ipoteca legale della moglie, a causa della sua dote e delle sue *convenzioni matrimoniali*.

770. Ma se l'alienazione dell'immobile dotale fosse stata consentita dal marito in violazione del contratto di matrimonio, ossia in un caso in cui non fosse stata autorizzata dalle convenzioni matrimoniali, la sarebbe ben altrimenti. La moglie ben potrebbe, anche in questo caso, esercitare l'azione rivocatoria; ma se, in luogo di adottare questo partito, reclamasse dal marito la restituzione del prezzo, diciamo che la sicurezza ipotecaria che le è accordata non rimonta al dì là del dì dell'alienazione. Nella loro teoria assoluta, alcuni autori la fan rimontare al dì del matrimonio, anche in questa ipotesi; ciò sembra almeno risultare dalla loro dottrina (1). Ma la moglie, diremo con Rodière (2), non può essere ammessa ad invocare ed a respingere allo stesso momento il sistema della dotalità; indubitatamente, la vendita può profittare alla moglie sotto il regime dotale, ma alle stesse condizioni che se non avesse adottato questo regime. Senza di ciò, si torrebbe ogni sicurezza agli atti stipulati con un marito che gode di una dote immobiliare, e si favorirebbe la frode, poichè basterebbe alienare poi la dote perchè la moglie potesse precedere de'terzi che avesser trattato col marito ne'primi tempi della celebrazione, ed i quali avessero preveduto piuttosto la pervenienza alla moglie di qualche successione o donazione anzichè un'alienazione illecita della dote.

Non possiamo che associarci ancora una volta a questa teoria, ammessa da eminenti giureconsulti, e che Renouard soprattutto riassumeva in questi termini nelle discussioni legislative di cui abbiamo testè parlato: « Se la vendita ha luogo in virtù di un permesso dato nel contratto di matrimonio, l'ipoteca legale della moglie rimonta al dì *del con-*

(1) V. anzitutto Troplong (num. 589 *bis*), Benech (*Dell'Imp. e del Reimp.*, num. 111).

(2) V. il nostro *Trattato del contratto di matrimonio* (t. II, num. 678).

tratta di matrimonio (al dì del matrimonio, secondo noi); se la vendita ha luogo in un modo illegale, senza autorizzazione, e fuori de' casi in cui è tollerata dalla legge, l'ipoteca legale non data che *dal dì della vendita medesima*. Reassumo. Interessa al credito prediale, come all'equità ed alla giustizia, che la moglie non abbia se non l'azione rivocatoria (l'oratore sosteneva un ammendamento che riduceva a quest'azione il dritto della moglie) quantevolte la vendita del beno dotale è illegale; se, al contrario, la vendita è autorizzata dal contratto di matrimonio, allora date alla moglie l'ipoteca legale dal dì del contratto di matrimonio, per la ragione semplicissima che v'à convenzione matrimoniale e che la moglie starebbe a discrezione del marito senza questa ipoteca legale dal dì del suo contratto di matrimonio.»(Assemblea legislativa, sedota del 14 febbraio 1851).

IX. — 771. Siamo giunti al termine della enumerazione fatta dal nostro articolo, e sappiamo ora qual'è il punto di partenza o la data dell'ipoteca annessa a ciascuno de' crediti che questo articolo menziona fra quelli che la moglie può avere da esercitare contro il marito.

Ma il sappiamo ancora, l'enumerazione non è completa; indipendentemente da' dritti e crediti menzionati, la moglie ne può avere altri ancora: tali sono la indennità delle degradazioni che il marito avesse commesse sullo immobile dotale, le somme sostituite di cui la moglie non aveva che l'aspettativa, quelle provvenienti dallo esercizio di azioni rescissorie, le ripetizioni a causa de'beni parafernali, ecc.; ed abbiamo dimostrato che tutti questi dritti e crediti, per non essere compresi nella enumerazione del nostro articolo, non lasciano di essere garentiti da un'ipoteca legale, in virtù della disposizione generale dello art. 2121 (v. *supra*, n.° 439).

Qual sarà dunque il grado o la data di questa ipoteca? Si era in prima immaginato di pretendere, specialmente in occasione dei crediti parafernali, che se ànno il benefizio della ipoteca, il che è stato pur loro talvolta contestato (v. *loc. cit.*), rientrano almeno nella legge comune, nel principio generale in materia d'ipoteca, e non essendo menzionati nel nostro articolo, non possono avere ipoteca in un modo utile se non con la iscrizione ed alla data della iscrizione, conformemente allo art. 2134. Tuttavia, la giurisprudenza à fatto prontamente giustizia a questa insostenibile pretenzione (1); e non si fa più oggi difficoltà a riconoscere che, menzionati o no nel nostro articolo, tutt' i dritti e crediti che la moglie può avere sul marito son garentiti da un'ipoteca, la quale conferita alla moglie di pieno dritto *dalla legge* (art.2121),gode di tutte le prerogative attribuite alla ipoteca legale della moglie,o quindi esiste indipendentemente da ogni iscrizione. Ma nel manco della iscrizione,di cui questa ipoteca non à d'uopo per avere il suo grado e la sua data, abbiamo il principio stesso che domina il nostro articolo; e, seguendo la portata della legge, la portata di cui il nostro articolo ci à dato alcune applicazioni, diciamo ancor qui che l'amministrazione del marito è la causa generatrice dell'ipoteca, e l'esistenza dell'ipoteca e quella del credito trovandosi così correlativamente ligate, la data dell'ipoteca è precisamente quella del credito.

Ciò posto, veniamo all'applicazione.

772. Ed innanzi tratto, in quanto a' crediti parafernali o estradotali, accade, a lor riguardo,come di quelli di cui il nostro articolo presenta l'enumerazione:la soluzione non può essere assoluta, e le distinzioni consacrate dal nostro articolo dovranno necessariamente esser seguite per analogia.

Per la qual cosa, se si tratta di somme parafernali ricevute dal marito (sia che, rinunciando al dritto che essa à per principio di godere de' suoi parafernali e di amministrarli, la moglie abbia commessa questa cura al marito col contratto di matrimonio o durante il matrimonio, sia che il marito abbia ricevuto senza mandato e con un atto della sua volontà), quale sarà la data dell'ipoteca? Taluni autori rispondono a ciò, in un modo assoluto, che la ipoteca essendo l'accessorio dell'obbligazione personale del marito, non data che dalla ricezione delle somme parafernali da parte del marito, poichè non può esservi obbligazione personale per costoi che dal momento in cui à ricevuto le somme parafernali (2). Ammettiamo ciò indubitatamente se il marito à agito spontaneamente e senz' alcun mandato dal canto della moglie. In questo caso, in fatti, costei non potrebbe pretendere, come se si trattasse della sua dote o delle sue convenzioni matrimoniali, ad un' ipoteca rimontante alla data del matrimonio; chè essa era amministratrice, e le incombeva di impedire che il marito si sostituisse a lei e riscuotesse in sua vece le somme o i valori

(1) V. la pluparte degli arresti poc'anzi citati

(2) V. soprattutto Troplong (n° 590). V. pure Grenier (t. I, p. 497).

di cui aveva l' amministrazione. Allora è vero che l' obbligazione personale del marito non è incominciata che al momento in cui à ricevuto i crediti parafernali; e come l'ipoteca non à potuto nascere prima del credito di cui è l'accessorio, avrà il suo grado e la sua data soltanto al dì in cui il marito à ricevuto.

Ma sarà ben altro se il marito è mandatario della moglie, sia in virtù del contratto di matrimonio, sia in virtù di una procura data nel corso del matrimonio, all'uopo di ricevere i suoi danari per rimanerne depositario ed amministrarli o per farne lo impiego; ed in ciò appunto la soluzione proposta dagli autori a cui facciamo allusione è troppo assoluta. Il senso intimo dice in effetti che, in questo caso, l'ipoteca deve rimontare alla data del mandato o della procura, perchè, a partire dal dì in cui la moglie si è discaricata dell'amministrazione che aveva ella medesima, quest'amministrazione è passata al marito, che ne è oramai tenuto. L'ipoteca rimonterà dunque, sia al dì del matrimonio, sia al dì del mandato, secondo la ipotesi, e ciò qualunque sia l'epoca in cui le somme parafernali saranno state riscosse dal marito (1).

Tuttavia se si trattasse di somme parafernali comprese in successioni scadute alla moglie o in donazioni fattele nel corso del matrimonio, vi sarebbe luogo naturalmente ad applicare il § 2 del n° 2 del nostro articolo, e l'ipoteca legale della moglie, a causa di queste somme, non esisterebbe, conformemente a questa disposizione del nostro articolo, che a far tempo dall'apertura delle successioni o dal dì che le donazioni avrebbero avuto il loro effetto. Se tale è la regola stabilita dalla legge medesima per le somme dotali, con più ragione dev'essere la regola per le somme parafernali su cui la protezione della legge si estende con minor favore.

773 Se si tratta della indennità de'debiti contratti dalla moglie parafernale col marito e pel conto di quest'ultimo o del prezzo dei suoi beni alienati, si seguirà, per analogia, la regola fermata nel § 3, n° 2 del nostro articolo, e si darà per data all'ipoteca il dì dell'obbligazione o quello della vendita. Si è la soluzione che tende a prevalere; tuttavia non viene ammessa senza difficoltà. Si è preteso, in effetti, che la data della ipoteca dovrebb'essere posta al dì in cui la moglie soddisfacesse l' obbligazione contratta da lei col marito, o a quello, in cui il marito avesse ricevuto il prezzo de'parafernali alienati. Tale è anzitutto la dottrina della Corte di Monpellier (2), che l'adotta formalmente in quest'ultimo caso. Inoltre, s'induce dalla opinione di coloro i quali, sulla quistione più generale di sapere se lo art. 1450 è applicabile al caso di parafernalità nella disposizione che rende il marito garante del manco di reimpiego, quando la vendita è stata fatta in sua presenza o col suo consenso, si pronunciano per la negativa (3); poichè, pronunciarsi in questo senso, è dire per ciò stesso che la obbligazione del marito non potrà nascere che dal dì in cui riscuoterà il prezzo della vendita, e per una conseguenza ulteriore e necessaria, che l'ipoteca, accessorio del credito, non potrà nascer prima. La Corte di Tolosa soltanto è caduta in questa inconseguenza di decidere, da un canto, che la disposizione dello articolo 1450 del Codice Napoleone non è applicabile al prezzo de' parafernali, e d'altra parte, che tuttavia la data dell'ipoteca legale della moglie, pel reimpiego de' suoi parafernali, non dev'esser fissata al dì in cui il marito à riscosso il prezzo, ma deve rimontare al dì della vendita (4).

In quanto a noi che pensiamo, con la maggioranza degli autori e con la giurisprudenza dominante, che v'à nello art. 1450 una disposizione contrattuale e di parafernalità (5), diciamo per via di conseguenza, che l'ipoteca della moglie, pel reimpiego dei suoi parafernali alienati, non à e non può aver data che il dì dell'alienazione, perchè il marito avendo assunta sin da questo giorno l'obbligazione di vegliare al reimpiego, in questo giorno appunto si è prodotta la causa generatrice dell'ipoteca. Così si è pronunciata la corte suprema annullando lo arresto di Montpellier, che aveva giudicato il

(1) Si è l'opinione espressa dal Rodière nel nostro Trattato del contratto di matrimonio (t. II, n. 725). Si è pur quella dello Zachariae (t. II p, 130). V. pure Rig., 4 gennaio 1815 e 27 luglio 1826.

(2) V. Montpellier, 3 luglio 1849. Ma questo arresto è stato annullato da quello della Corte di cassazione, del 27 aprile 1852, che citiamo nell'una delle note seguenti.

(3) V. Favard (v. reg. dotale, § 4, num. 1), Seriziat (num. 347), Benoit (De Paraf. n. 258), Odier (n. 988 e 1472).

(4) V. gli arresti di questa Corte de' 13 aprile 1829 15 maggio 1834, 27 marzo 1840 (Dev., 40, 2, 304).

(5) Si è l'opinione sostenuta nel nostro Trattato del Contratto di Matrimonio (t. II, num. 713). Vedi pure, in questo senso, Marcadè (art. 1540, num. 3) Bellot (t. IV, p. 302), Zachariae (t. III, p. 610) Taulier (t. V, p. 383), Benech (Dell'imp. p. 363 376), Troplong. (Contr. di Matr., num. 1459). V. pure Besancon, 27 feb. 1811; Poitiers, 24 giug. 1831; Cass. 27 apr. 1852; Parigi, 7 mag. 1853 (Dev., 82, 1 401; 53, 2, 331).

contrario; e la corte di Parigi, investita della causa sul rinvio pronunziato dalla corte di cassazione, à seguita la stessa via (1).

774. Infine, se si tratta de' danni che la moglie parafernale avesse da ripetere contro il marito pel fatto o la negligenza di costui specialmente a causa di degradazioni commesse o pel manco di manutenzione di un immobile parafernale di cui il marito aveva il godimento, o di prescrizioni che avesse lasciato compiersi, l'ipoteca avrà la sua data al dì stesso del danno, salvo che questo danno si ralleghi ad un mandato che il marito avrebbe ricevuto dalla moglie, nel qual caso l'ipoteca rimonterebbe alla data del mandato.

775. In quanto a' crediti dotali diversi da quelli che si trovano compresi nella enumerazione del nostro articolo, si presente ciò che possono essere: sono le indennità dovute alla moglie a causa delle degradazioni che il marito avesse commesso sullo immobile dotale; le somme sostituite di cui la moglie non aveva che l'aspettativa, ma il cui ammontare à potuto agevolmente essere noto a terzi; il prezzo di ricompra riscosso dal marito per effetto dell'esercizio del patto di ricompra di cui era gravato un immobile compreso nella costituzione dotale della moglie; le somme ricevute dal marito in seguito di azioni rescissorie già esistenti al tempo del matrimonio e che eran comprese nella dote; ecc. La data dell'ipoteca annessa a questi diversi crediti rimonta alla data stessa del matrimonio Si è la soluzione data dal Rodière nel nostro *Trattato del contratto di matrimonio* (t.1I,n° 676); essa è generalmente adottata, e ciò doveva essere, poichè tutt' i fatti, tutti gli atti d'onde questi crediti procedono, rientrano nell'amministrazione del marito, la quale à il suo punto di partenza al dì stesso del matrimonio.

Sonovi tuttavia taluni punti su' quali la soluzione è stata eccezionalmente contestata, sia da autori, sia innanzi i tribunali.

776. Così, da un canto, in una specie in cui si trattava, se non della degradazione di immobili dotali, almeno della dissipazione di effetti mobiliari che la moglie si era costituiti in dote, e di cui si era riservata la proprietà con una stipolazione particolare del suo contratto di matrimonio, si è sostenuto, innanzi al tribunale della Senna, ed indi, in appello, innanzi alla corte di Parigi, che l'ipoteca della moglie non doveva aver la sua data che al dì in cui gli effetti mobiliari erano stati dissipati, sebbene fossero stati messi a disposizione del marito il dì stesso del matrimonio. Si invocava in appoggio di questa pretensione la disposizione del nostro articolo, il quale fissa *al dì della vendita* l'ipoteca della moglie pel reimpiego de'suoi proprii alienati. Ma l'argomento era senza valore, per un doppio motivo. In prima ed in dritto, la disposizione invocata è fatta, como abbiamo testè stabilito (v. n° 767), in vista del regime della comunione, e quindi non è opponibile alla moglie dotale; poi ed in fatto, la disposizione prevede specialmente il caso di *alienazione* de' beni della moglie, ed ancorchè fosse opponibile alla moglie dotale, non potrebbe almeno opporlesi quando l'azione ipotecaria è esercitata a causa della *perdita* o della *dissipazione* della dote, il che non costituisce in alcun modo un' *alienazione* nel senso del nostro articolo.—In deffinitiva, la dote mobiliare era stata data al marito il dì stesso del matrimonio. A contar da questo dì adunque ne era il marito divenuto responsabile; la riserva che la moglie avova fatta in suo favore del dritto di proprietà non mutava nulla a ciò, una volta che il marito, dissipando la dote messa a sua disposizione sin dal dì del matrimonio, aveva resa questa riserva illusoria e vana: la sola disposizione applicabile era dunque quella del § 1 n° 2 del nostro articolo, la quale fissa al dì del matrimonio l'ipoteca della moglie, a causa della sua dote e delle *convenzioni matrimoniali*. Così àn pensato il Tribunale della Senna e la Corte di Parigi (2).

777. Da un altro canto, taluni autori, ed anche fra' più giustamente accreditati, assimilando, in quanto alla natura del dritto, le azioni rescissorie comprese nella dote alle successioni scadute o alle donazioni fatte alla moglie durante il matrimonio, insegnano che la ipoteca della moglie, per sicurezza delle somme provvenienti dallo esercizio di queste azioni, non data che dal dì in cui le somme sono state ricevute dal marito. Ecco, a tal riguardo, la specie proposta dal Troplong, il quale, di accordo col Grenier, difende questa soluzione: « Una donna si è costituito tutti i suoi beni presenti e futuri. Possiede, al momento del matrimonio, una somma di 50,000 fr. pervenutale per effetto di una divisione col fratello. Ma, qualche tempo dopo, la donna si accorge che è sta-

(1) V. gli arresti de' 27 aprile 1852 e 7 mag. 1852 citati alla nota precedente.

(2) V. Parigi, 9 febbraio 1856 (J. P. 1856, t. 1 p. 131; Dalloz 56, 2, 95).

ta lesa, e mercè un'azione di rescissione, astringo il fratello a pagarle un supplemento di 40,000 fr. » L'autore si domanda poi se l'ipoteca per quest'ultima somma, che è incontrastabilmente dotale, rimonterà al *contratto di matrimonio* (si è poc'anzi veduto, n° 753, che converrebbe dire *al dì del matrimonio*); e continua in questi termini: « Sì, indubitatamente, secondo l'antica giurisprudenza. Ma se prendo per bussola i due esempi che il Codice Napoleone à precisati nel nostro articolo (le successioni e le donazioni scadute alla moglie dopo il matrimonio), vedo che è nello spirito del legislatore di far dipendere la data dell'ipoteca della moglie, *pe' suoi dritti eventuali*, dal momento soltanto in cui il marito ne è realmente investito, e penso, quindi, che l'ipoteca, nel caso fermato, non daterà che dal dì della ricezione (1). »

Noi sosteniamo, al contrario, che l'ipoteca, nella specie proposta, rimonta al dì del matrimonio, e crediamo, col Rodière (2), che assimilare il caso indicato al caso di successioni scadute o di donazioni fatte alla moglie dopo il matrimonio, è un assimilare un dritto ad una semplice speranza. Aggiungiamo che è pure un perder di vista ed un disconoscere il principio stesso del nostro articolo, la regola di cui ci à dato qualche applicazione. L'amministrazione del marito è il solo fondamento dell'ipoteca attribuita alla moglie; ecco il pensiero fondamentale della legge; questo principio realmente è uopo prendere per guida e per bussola. Or, fissare il punto di partenza della ipoteca, a causa delle somme dotali provvenienti da successioni o da donazioni, come è stato fissato dal legislatore, è un fare una applicazione esattissima di questo principio, poichè queste somme non posson cadere sotto l'amministrazione del marito prima che le successioni sieno aperte o che le donazioni abbiano il loro effetto. Ma si è al certo un falsarlo il dare il giorno della ricezione de' danari per punto di partenza all'ipoteca delle somme risultanti dallo esercizio di un'azione rescissoria *compresa nella dote*, poichè evidentemente al dì del matrimonio sono stati posti in mano del marito e confidate alle sue cure ed alla sua vigilanza lo interesse ed il dritto della moglie (3).

D'altronde supponiamo l'azione rescissoria compresa nella dote. Se si rallegasse ad una successione che la moglie avesse raccolta nel corso del matrimonio, è chiaro che l'ipoteca della moglie, a causa delle somme provvenienti dall'esercizio dell'azione, non avrebbe per data che il dì dell'apertura della successione.

X. — 778. Terminando sulla data e sul grado dell'ipoteca legale della moglie, ritroviamo queste convenzioni le quali, sotto la denominazione di surrogazione o rinuncia alla ipoteca legale, si sono sì addentrate nelle abitudini della pratica, e di cui abbiamo lungamente studiato poc'anzi, numeri 449 e seguenti, la natura, il carattere e gli effetti. La quistione posta in sulle prime, e che ora è legislativamente risoluta, è stata di sapere se queste convenzioni trasmettendo ai creditori l'ipoteca legale della moglie, lor trasmettevano del pari le prerogative di cui gode quest'ipoteca, e specialmente quella di esistere, indipendentemente da ogni iscrizione, anche a favore del creditore surrogato. È uopo vedere qual era, a tal riguardo, lo antico stato di cose, e ciò che è oggi lo stato di cose creato dalla legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione.

779. Il creditore surrogato all'ipoteca legale della moglie à avuto sempre un interesse possente a far conoscere il suo dritto; ne abbiamo già indicato i motivi (v. num. 466); gli è che, per non avere il creditore messi i terzi a cognizione del suo dritto, gli immobili potevano uscire, a sua insaputa, dalle mani del marito, senza che, rispetto a lui surrogato, i terzi acquirenti fosser tenuti in alcun modo. Perciò appunto, anche prima della nuova legge, era di uso che il creditore iscrivesse a favor suo o nella misura del suo dritto la ipoteca legale della moglie con cui era surrogato. Tuttavia, lo abbiamo fatto pur osservare, non era obbligato a farlo; e la giurisprudenza, prendendo come *trasmessibile* questa dispensa da iscrizione di cui gode l'ipoteca legale della moglie, ed estendendo fino al creditore un favore che per la sua natura avrebbe dovuto essere tutto personale (v. *supra*, n° 739), la giurisprudenza riteneva che, essendo ogni cosa intiera, il creditore surrogato nella ipoteca legale della moglie era, come costei, dispensato dallo iscriversi; che tra' creditori surrogati, la preferenza si regolava con

(1) V. Troplong (n° 587). — Arrogi Grenier (t. I, n° 235).
(2) V. il nostro Trattato del Contratto di Matrimonio (t. II, num. 676, alla nota).
(3) V. in questo senso. Dalloz (Priv. ed Ipot., p. 154, num. 8), Zachariae (t. II, p. 130).

la data delle surrogazioni (1); e che le formalità della purgazione indicate dallo art. 2194 avevano esse sole per effetto di porre la moglie ed i suoi creditori surrogati in mora di prendere iscrizione; indi, se la iscrizione era allora richiesta, in tempo utile, a nome della moglie, profittava a tutt' i creditori surrogati nell' ordine delle loro surrogazioni; non vi era difficoltà e controversia che quando l'iscrizione era presa da un surrogato in suo nome, gli uni pretendendo che in questo caso l'iscrizione profittava soltanto al creditore che l'avova chiesta, altri sostenendo che profittava alla moglie come al creditore surrogato (2).

Ma, salvo in quest' ultimo punto, sul quale bentosto ritorneremo (v. *infra*, n. 800 e seg.), questa giurisprudenza è ora senza oggetto in presenza della nuova legge sulla Trascrizione. Questa legge si esprime, in fatti, in questi termini, col suo art. 9, di cui importa rammentar qui la disposizione: « Nel caso in cui le mogli posson cedere la loro ipoteca legale o rinunciarvi, questa cessione o questa rinunzia deve farsi con atto autentico, ed i cessionarii non ne sono investiti, rispetto a' terzi che *con la iscrizione di questa ipoteca presa a favor loro, o con la menzione della surrogazione in margine della iscrizione preesistente.* Le date delle iscrizioni o menzioni determinano l' ordine in cui coloro che hanno ottenuto delle cessioni o rinuncie esercitano i diritti ipotecarii della moglie. » Pertanto, per lo effetto di questa disposizione accade oggi della ipoteca legale della moglie come è stato sempre di quella del minore o dello interdetto: la eccezione in virtù della quale questa ipoteca esiste indipendentemente da ogni iscrizione è un favore tutto personale di cui la moglie soltanto è ormai chiamata a godere, e ch' ella non trasmette a' suoi creditori surrogandoli nella sua ipoteca legale.

Su di ciò abbiamo taluni punti importanti da precisare: è uopo dire, in effetti, qual' è la forma in cui deve prodursi la pubblicità imposta dalla nuova legge, qual' è precisamente l' oggetto di questa pubblicità, e quali ne debbono essere gli effetti almeno in quanto al diritto di preferenza, solo punto di cui dobbiamo occuparci nel commentario del nostro articolo 2135.

780. In quanto alla forma, non vogliamo anticipare sulle osservazioni che si rallegano in un modo tutto speciale al capitolo seguente, il quale tratta *Del modo della iscrizione dei privilegi e delle Ipoteche* (art. 2146 e seg.); non parleremo qui dunque se non della constatazione medesima, ossia del fatto materiale che tende a render pubbliche le surrogazioni nella ipoteca legale della moglie.

Su di ciò osserviamo che lo art. 9 della legge del 23 marzo 1855, indica due forme distinte: *l' iscrizione* e la *menzione*. Queste due forme debbono necessariamente concorrere? ovvero sono delle forme equivalenti, aventi ciascuna lo stesso valore, e destinate ad essere adoperate distintamente l' una e l' altra in situazioni differenti? La è una prima difficoltà su cui i commentatori della nuova legge non presentano, a parer nostro, idee ben chiare, e la quale si risolve, tuttavia, con l' istorico della legge e co' suoi proprii termini.

Contestiamo, in fatti, che per nuova che sia, la disposizione precitata non è senza deprecedenti a cui possasi rallegarla. Essa deriva direttamente da' progetti di riforma elaborati dal 1849 al 1851. Il primo pensiere de' progetti dell'epoca fu, come abbiamo detto poc'anzi (v. n° 738), di sottoporre le Ipoteche legali alla regola generale della pubblicità; ed il progetto presentato dal governo era in effetti, redatto in questo senso. In questo sistema, il mezzo più sicuro ed il migliore per rendere la surrogazione pubblica e consolidare la cessione sul capo del surrogato, era di comprovarla con una menzione fatta in margine della iscrizione che avrebbesi dovuto prendere per la moglie: è pur questo il mezzo che consacrava il progetto del governo (art. 2127) e l'assemblea legislativa lo aveva egualmente ammesso nello art. 2115 del suo primo

(1) Cnf. Troplong (n° 609). — È un punto consacrato da numerosi arresti gli ultimi de' quali, emanati dalla Corte di Cassazione e dalla Corte di Metz sono con la data de' 13 novembre 1854 e 22 gennaio 1856 (Dev., 55, 2,193; Dall., 56, 2,153). La Corte di Lione à fatta un' applicazione speciale di questo punto di giurisprudenza in un arresto dal quale risulta che nel caso in cui esistono più surrogazioni con date differenti, il creditore primo surrogato non potrebb' esser preceduto dal secondo, sotto pretesto che i creditori della moglie, a ragion de' quali si esercita il dritto d' ipoteca legale, sono posteriori al primo atto di cessione di questa ipoteca. Lione, 28 agosto 1857 (Dev., 57, 2,671.)

(2) Troviamo delle tracce recentissime di questa controversia nella specie di un arresto il quale, proclamando la necessità pel creditore surrogato di iscriversi, tosto che è interpellato dalle notificazioni della purgazione, invalida la sentenza resa dal tribunale di prima istanza, il quale aveva deciso che quando l' ipoteca legale della moglie è iscritta da un creditore surrogato l' iscrizione profitta non solo al creditore che l' ha fatta, ma eziandio alla moglie medesima, e per conseguenza, agli altri creditori surrogati Colmar. 26 maggio 1857 (I. del F., 1837, p. 476). V. pure Parigi, 27 febbraio 1757 (Dev., 57, 2, 283). Ma più innanti ritorneremo (n. 779 e seg.) sulla quistione risoluta da questi arresti.

progetto, in cui si legge che il sorrogato non sarebbe investito della cessione della ipoteca legale *che con la menzione fatta in margine della iscrizione della moglie.*

Ma le idee non tardarono a modificarsi e si sa che, fin dalla prima deliberaziona l'Assemblea legislativa, ritornando al pensiere del Codice, volle che l'ipoteca legale della moglie rimanesse esente da iscrizione e che, per conseguenza il progetto riapparisce, nella seconda lettura, con un art. 2130, nel quale si trovava riprodotta la dispensa d'iscrizione consacrata dal nostro articolo 2135. Or era accaduto di essersi omesso di fare allo art. 2115 di questo progetto una modifica correlativa a quella cui il principio subiva: la menzione in margine della iscrizione vi rimaneva indicata soltanto come mezzo di investire il creditore surrogato, e di render pubblica la surrogazione cha non si voleva far godere della dispensa d' iscrizione accordata all' ipoteca medesima. Era una lacuna che additarono i delegati de' notai, i quali fecero osservare che l'ipoteca legale della moglie dovendo rimaner dispensata d'iscrizione, conveniva consacrare, in favore de'surrogati, il dritto di richiedere una iscrizione a favor loro, e domandarono quindi che dopo queste parole dello art. 2115 del progetto: « In margine della iscrizione della moglie » si aggiungessero le altre: « *o mercè una iscrizione diretta a favor loro.* E la commissione dell'assemblea legislativa accettando questo pensiere senza riserva, lo aveva tradotto in questi termini nello articolo 2158 del progetto preparato per la terza deliberazione: « La moglie può, con atto notarile, cedere la sua ipoteca legale, surrogarvi o rinunciarvi in favore di un terzo, sotto la restrizione determinata dallo articolo 2104. Colui a favor del quale è stata fatta la cessione, la surrogazione o la rinuncia, preveduta dal paragrafo precedente, non è investito, rispetto a' terzi aventi de'dritti per conto della moglie, *che con la menzione della detta cessione, surrogazione o rinuncia, in margine dell'iscrizione dell'ipoteca legale SE È STATA PRESA; e, SE QUESTA ISCRIZIONE NON ESISTE, con la enunciazione del dritto che tiene dalla moglie, sia nella iscrizione del suo proprio credito contro il marito, sia in una iscrizione speciale.* Tra più aventi causa della moglie, la preferenza è determinata dalle date delle *menzioni o iscrizioni* ».

Ebbene il pensiere di questo articolo, se non la sua redazione istessa, ànno gli autori della legge del 23 marzo 1855 voluto riprodurre, ed àn preso cura di dirlo, chè l'esposizione de' motivi comprova che la legge non à avuto per iscopo che di *sanzionare le disposizioni le quali, nel 1851, erano state accolte di comuna accordo*, e che tutto ciò che si è voluto esigere, in quanto concerne i cessionarii, è *la pubblicità dell'ipoteca.*

Se non vi fosse che questo, la nostra quistione sarebbe risoluta. Gli è ben evidente, in effetti, che il progetto preparato nel 1851 prevedeva due ipotesi distinte, le quali vi sono chiaramente precisate; l'una, quella in cui l'iscrizione dell' ipoteca legale *fosse stata presa*, nel qual caso il cessionario *non poteva essere investito che mercè una menzione della iscrizione*; l'altra, quella in cui la iscrizione non *esistesse*, nel qual caso il cessionario aveva il dritto di prendere una *iscrizione speciale*. Eran dunque queste due forme distinte, parallelamente stabilite in veduta di soluzioni differenti ed aventi ciascuna isolatamente il suo valore proprio nell'ipotesi particolare per cui era stabilita. Or, i redattori della legge del 1855 ci àn detto che il loro unico scopo è stato di sanzionare le disposizioni progettate nel 1851. Adunque, questo ravvicinamento per sè medesimo permetterebbe di conchiudere che, sotto la nuova legge del 1855, la pubblicazione della surrogazione non à d'uopo del concorso delle due forme, nè più nè meno che non ne avrebbe avuto d'uopo nel 1851, se i progetti dell' epoca avesser potuto essere eretti in legge.

Ma abbiamo di meglio che questo semplice ravvicinamento: abbiamo il testo stesso della nuova legge, in cui è uopo vedere ciò che vi si trova in realtà. Or, che vi si trova? Un'alternativa. La legge, ispirandosi alle dottrine che una discussione poggiatai su'dati della pratica faceva prevalere nel 1851 toglie al progetto proposto per la terza deliberazione dell' Assemblea legislativa quest' art. 2148 di cui abbiamo rammentato i termini; e seguendo la economia di questo articolo distingue ancora due casi, salvo questa modifica che, ponendosi meglio nella verità dei fatti, prende l'ordine inverso di quello seguito dalla commissione dell'Assemblea legislativa, e pone sul primo piano quello dei due che si produce più abitualmente. O l'ipoteca legale non è iscritta, dice essa, ed allora il surrogato ne chiederà *l'iscrizione a favor suo.* Ovvero la iscrizione dell' ipoteca legale è stata chiesta ed esiste già ed allora *basterà*, perchè il cessionario sia investito rispetto ai terzi, che *faccia menzione della*

sua surrogazione in margine di questa iscrizione preesistente. Si è la teoria del progetto del 1851 salvo che, meno assoluta del progetto del 1851, la legge del 1855 ammettendo che quest'ultima ipotesi soltanto darà luogo alla *menzione in margine*, non dice, come il progetto del 1851, che il cessionario non avrà altri mezzi di rendere pubblica la sua surrogazione, e che anche in questo caso, non esclude il dritto pel creditore di prendere una iscrizione a favor suo, se lo ami meglio. Ma, salvo questa modifica (per ogni riguardo utile, poichè il creditore può ignorare se esiste una iscrizione dell'ipoteca, o ancora, poichè questa iscrizione, se esiste, potrebbe farsi irregolarmente), il principio è lo stesso; ed il testo indica chiaramente che il creditore sodisfa all'obbligazione di render pubblica la cessione adoperando, non i due mezzi ad un tempo, ma soltanto l'uno o l'altro, secondo che l'iscrizione dell'ipoteca legale esiste già o non esiste.

Non l'àn però così intesa parecchi commentatori della nuova legge. Gli uni, prendendo la menzione di cui si tratta nell'art. 9. come una formalità necessaria in tutte le ipotesi, àn detto che nulla, neppure la iscrizione presa in suo nome dal creditore surrogato, può supplire la menzione in margine della iscrizione della moglie (1); altri formolando lo stesso pensiere e precisandolo, àn supposto che oramai il surrogato avrà due formalità da adempiere, due formalità talmente ligate tra loro che la prima, la quale consiste nella iscrizione da prendersi dal surrogato a favor suo, sarebbe il mezzo di giungere alla seconda, consistendo nella menzione della cessione in margine della iscrizione della moglie (2). Ma la è un'esagerazione con cui si distrugge la legge nella sua economia istessa: che, è uopo ben osservarlo, lo art. 9 non dice, come lo si suppone e come deesi supporlo in questo sistema, che la sorrogazione sarà resa pubblica mercè una *iscrizione e con una menzione* in margine della iscrizione dell'ipoteca legale; ma riprendendo e riproducendo l'alternativa che l'Assemblea legislativa aveva posta nello art. 2148 del suo progetto del 1851, dice che i cessionarii saranno investiti mercè *l'iscrizione presa a favor loro*, ossia nella misura del loro credito, o con la *menzione* della surrogazione in margine della iscrizione preesistente. Eliminiamo dunque la teorla indicata, e con tanta più ragione per quanto presa nel suo intiero, à essa ciò di particolarmente esagerato che mena all'obbligazione, pel cessionario, d'iscrivere l'ipoteca legale della moglie, nel caso in cui l'iscrizione non fosse stata presa a nome di costei: il che è l'interdetto messo su tutt'i beni del marito nello interesse, non più della moglie, ma di un surrogato, e sovente per una somma di poca importanza!

Atteniamoci dunque al testo della legge; riconosciamo che à preveduto due casi distinti, e guardiamoci dal confonderli facendo una disposizione assoluta, dirimente ed esclusiva, di ciò che, nel suo spirito come nel suo testo, non è che l'uno de' lati, ed anche il lato secondario dell'alternativa che presenta.

781. Abbiamo fin qui supposto il caso semplicissimo in cui il cessionario non à altro dritto tranne quello risultante dall'ipoteca legale, a cui è stato surrogato nella misura del suo credito. Ma è uopo andar più oltre e prendere l'ipotesi più complicata (si è d'altronde quella che si verifica abitualmente) in cui il creditore ha ottenuto per sicurezza della somma da lui prestata, in prima un'ipoteca convenzionale su' beni immobili del marito o della comunione, ed inoltre, la garenzia della moglie la quale, obbligandosi solidalmente col creditore, gli à ceduto i dritti e le riprese che ella può avere da esercitare contro il marito e l' ha surrogato nella sua ipoteca legale fino a concorrenza della somma prestata. Come questa affezione ipotecaria consentita dal marito, e la surrogazione accessoriamente accordata dalla moglie dovran mai rendersi pubbliche?

La pratica, a cui, come abbiamo fatto osservare più innanzi (n° 449), è dovuta questa invenzione della surrogazione nella ipoteca legale della moglie, aveva mirato ancora al mezzo il migliore ed il più sicuro di dare alla convenzione una pubblicità la quale, nella ipotesi in cui ci poniamo ora, era non utile soltanto, ma necessaria a causa dell'ipoteca convenzionale con cui concorre qui la surrogazione nell'ipoteca legale. In questa veduta, i pratici avevano immaginato un sistema d'*iscrizioni* e di *menzione* collettive e simultanee, che era profondamente entrato nella abitudine ed era stato sanzionato da una giurisprudenza costante fino al dì in cui la Corte di cassazione ne ha di botto, con un arresto recente del 4 febbraio 1856, contestata la legittimità. Noi crediamo che in

(1) V. Mourlon (Rivista pratica di dritto francese, t. I, p. 89 e seg.)

(2) Si è il linguaggio del Troplong (Delle trascrizioni 321, 340).

ciò la Corte suprema si è ingannata; la nostra convinzione intimissima è che il mezzo condannato bastava a tutte le condizioni della pubblicità, e che, anche dopo la legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione, risponderebbe ancora a tutte le esigenze di questa nuova legge. Si è ciò che cercheremo di dimostrare.

Innanzi tutto, precistamo bene il mezzo che lo arresto precitato ha creduto dover prescrivere. Esso consiste, abbiamo detto, in una iscrizione ed una menzione fatte simultaneamente; ed era comunemente designato sotto il nome di *menzione di surrogazione*. Tottavia, non bisognerebbe confonderlo con altre *menzioni* di *surrogazione* usitate oggi ancora, che s'eran prodotte nella pratica anche prima che le surrogazioni all'ipoteca legale della moglie fosser note, ma le quali si legano ad altre convenzioni diverse da quelle onde qui si tratta.

Sonovi in ciò, sotto una denominazione comune, delle cose essenzialmente differenti, de' mezzi di procedere che si distinguono per la forma stessa ed ancora per l'oggetto. Ciò è importante a notare; è uopo penetrarsi delle differenze che esistevano tra' due mezzi per non cadere nella confusione che non hanno evitata molte decisioni di cui dovremo occuparci.

782. Le menzioni di surrogazioni diverse da quelle che debbono specialmente far qui l'oggetto delle nostre osservazioni si applicano alle surrogazioni ne' dritti risultanti dalle ipoteche *ordinarie*:han ricevuto questa denominazione posticipatamente ed in seguito di modificazioni che si sono successivamente introdotte nella forma mercè cui la surrogazione doveva ricevere la pubblicità. Pertanto, in origine,il creditore surrogato ad una ipoteca presentava de'borderò simili a quelli onde era quistione nello art. 2148 (v. *infra* il commentario di questo articolo), o chiedeva ad un tempo *iscrizione e menzione* della surrogazione. L'iscrizione a cui questi borderò davan luogo allora faceva doppio impiego con quella del surrogante, se questa preesisteva su' registri: ne poteva risultare un certo imbarazzo e della confusione sugli stati d'iscrizione; ed inoltre, il surrogato, cho ben poteva rinnovare la seconda iscrizione, non poteva, senza giustificare i suoi dritti nella prima, ottenerne la radiazione. Per ovviare a ciò, per misura di ordine o per semplificare, senza prendere una iscrizione separata, si domandò poi al conservatore, rimettendogli copia del titolo constatante la surrogazione, di certificare in margine della iscrizione preesistente che il benefizio era passato in tutto o in parte dallo antico titolare al nuovo, ciò che il conservatore non potè fare senza esigere tutte le giustificazioni atte a porre la sua responsabilità al coverto. Questo modo di procedere appunto, il quale è organizzato con diverse istruzioni dell'amministrazione del registro(1), à ricevuto nella pratica la denominazione di *menzione di surrogazione*. Del resto, ripetiamolo, è di uso oggi ancora, o che il surrogato prenda una iscrizione in rinnovazione, o che non ne prenda;ed à il suo vantaggio,in quanto il cambiamento operato ne'dritti del titolare trovandosi constatato in margine della iscrizione, è a costui vietato di rinnovere questa iscrizione a danno del suo surrogato.

In quanto alle menzioni di surrogazione nella ipoteca legale, era tutt' altro. — In prima, non troviamo più le due fasi distinte che abbiamo testè additate nel modo di procedere. Gli è che l'ipoteca legale non essendo quasi mai iscritta, il primo de' due modi indicati à potuto mantenersi e si è mantenuto senza imbarazzi nè difficoltà: *mercè*, dunque, *un borderò* si è constantemente chiesto *menzione della surrogazione*, non in margine d'una iscrizione preesistente (poichè in fatto e generalmente niuna iscrizione preesisteva), ma su' *registri del conservatore*. — Poi, la menzione aveva un tutt' altro oggetto: ed è evidente, poichè il borderò contenente una semplice allegazione rimanendo nelle mani del conservatore (art. 2150), costui, che deve far menzione del contenuto nel borderò, sarebbe stato astretto, mercè una semplice allegazione, a contestare sul suo registro che lo antico titolare aveva perduto i suoi dritti alla iscrizione. Qual era dunque l'oggetto preciso della domanda? Evidentemento di procurare al creditore la *iscrizione* medesima del suo dritto.

Ed in effetti è comprovato che questa menzione della surrogazione su' *registri* era presa in sostituzione della iscrizione dell'ipoteca legale medesima; e che una volta messo in opera questo mezzo, i crediti prodotti dalla ipoteca legale erano considerati come iscritti nella misura de' dritti del surrogato. La pruova di ciò, d'altronde, è tutta fatta ne'formolarii dati, massime dopo l'anno 1821, per le opere speciali: vi si vede che il creditore che à per garenzia una ipoteca convenzionale ed una surrogazione nell'ipoteca legale, sodisfa a tutte le condizioni di pobblicità quando

(1) V. 22 vent. an. 10, 30 giug. 1828, n. 125 — Baudot (Formal ip., n. 738 e seg.).

comprende le due ipoteche nella medesima iscrizione, e si limita a chiedere, per l'ipoteca legale, *menzione della surrogazione sui registri* del conservatore (1). Osserviamo anche, in un giornale speciale, un arresto della Corte di Parigi che avrebbe dichiarato un conservatore responsabile verso il creditore per non aver portato, su di uno stato da lui conseguato, un' ipoteca iscritta nella forma che abbiamo testè indicata (2).

783. Laonde questo mezzo della *iscrizione* e della *menzione* collettive, che la pratica aveva immaginato, è stato accettato e si è mantenuto lungamente, senza che sia surta ad alcuno l' idea di pretendere che è insufficiente al punto di vista della pubblicità del dritto concesso al creditore surrogato. La prima traccia che si trova, nella giurisprudenza, di questa idea che il mezzo sarebbe insufficiente, non rimonta al di là dell' anno 1835; ancorchè la pretenzione fosse messa in avanti dai sindaci di un fallimento, ed accessoriamente alla grave quistione di sapere se la moglie che à perduto il suo dritto di seguir l' immobile può rivendicare il suo dritto di preferenza sul prezzo (*infra*, art. 2195). Ma questo tentativo non fu felice; e la Corte di Angers, innanzi a cui si produsse, sanzionò chiaramente i dati della pratica decidendo, « che il creditore, avendo ottenuta surrogazione nell' ipoteca legale della moglie, *aveva fatto menzione di questa surrogazione nella iscrizione ipotecaria che aveva presa* ben prima della vendita degli immobili il cui prezzo era da distribuirsi; che questa *menzione*, *portata sul registro del conservatore*, conteneudo tutte le enunciazioni prescritte dallo art. 2153, *equivaleva alla iscrizione che la moglie avesse potuto prendere ella medesima* (3)... »

Poi, il sappiamo, quest' uso è stato di nuovo messo in quistione innanzi ai tribunali, ed è accaduto anzi che le Corti imperiali di Amiens, di Limoges e di Bourges (4) ne han condannata la pratica. Ma l' una di queste tre Corti, quella di Bourges, non à tardato a ritrattarsi e di accordo con la Corte di Angers e le Corti di Bordeaux e di Parigi, innanzi alle quali la difficoltà è stata pur mossa, à riconosciuto che il creditore surrogato all' ipoteca legale di una donna maritata non è tenuto, per conservare i dritti annessi a questa ipoteca, a farla iscrivere nella forma sacramentale delle iscrizioni ordinarie; che basta, a tal riguardo, una semplice menzione della surrogazione su' registri del conservatore delle ipoteche, per esempio, una menzione nella iscrizione della ipoteca convenzionale consentita al medesimo creditore dal marito. La corte di Parigi, soprattutto, à ciò detto, non accidentalmente ed una volta per caso, ma sistematicamente ed in quattro arresti successivi (5). E la Corte di cassazione medesima adottava pienamente questa giurisprudenza; chè sull'autorità di questi precedenti e confermandoli nel modo più espresso à la Camera dei ricorsi giudicato, con un arresto recente anzichè no, che la iscrizione particolare della ipoteca della moglie da parte dell'uno dei creditori surrogati non dà a questo creditore alcun dritto di preferenza o di proprietà sugli altri, *quando già l'esistenza di questa ipoteca legale è stata rivelata dalla iscrizione presa da un'altro creditore della sua ipoteca convenzionale*, CON MENZIONE DELLA SURROGAZIONE ALL' IPOTECA LEGALE A LUI CONSENTITA PUR DALLA MOGLIE (6).

784. In presenza tuttavia di questi precedenti à la Camera civile della Corte di cassazione, entrando in lotta con la Camera de' ricorsi, con arresto del 4 febbraio 1856 rigettato il ricorso diretto contro un arresto della Corte di Orleans che li contrariava tutti. La Corte di Orleans aveva detto « che le

(1) Diz. del Not., 2. edizione (v. Iscrizione ipot., p. 424), Diz. del Not., 3. ediz. (cod. Verb, formola XI). Ed Clero e Dalloz (Man. del Not. part. 1, p. 67).

(2) Parigi, 18 nov. 1839 (*G. del Conserv.*, art. 89).

(3) V. Angers. 3 apr. 1835 (Dev., 35, 2, 226).

(4) Amiens. 4. ag. 1839 e 10 luglio 1854. Limoges, 21 gen. 1843, Bourges, 30 aprile 1853 (Dev., 40, 2, 305. 46 2, 293, I. P., 1853, t. 11, p. 223, Dalloz, 54, 2, 52, G. del Foro 1. serie, n, 494, p. 55).

(5) V. oltre lo arresto precitato della corte di Angers. quelli delle corti di Bordeaux e di Bourges del 4 luglio 1849 e 19 marzo 1856, e massime quelli della Corte di Parigi de' 24 agosto 1840, 25 genn. 1851 30 giugno 1853 e 31 ag. 1854 (I. P., 2, 177; G. delle not. e degli avvoc., art. 13856, 14304, 15295; G. del Conserv art 1023). Un altro arresto della Corte di Parigi, del 27 febbraio 1837 (Dev. 37, 2, 283), che abbiamo già avuta la occasione di citare, è stato presentato come quello che à giudicato in senso contrario. Ma un attento esame di questo arresto fa riconoscere che la corte di Parigi non vi si è messa in opposizione co' suoi propri precedenti, e che accade di questo arresto come di quello reso dalla Corte di cassazione il 15 dic. 1829, che è stato pure invocato come contrario alla nostra dottrina, che si limitano l'uno e l'altro a decidere, che è incontrastabile, che l'iscrizione dell'ipoteca convenzionale soltanto non può valere come iscrizione dell'ipoteca legale. Se è ciò che abbiamo stabilito nella Rivista critica di legislazione (t. IX, p. 116 e t. XI, p. 6, e seg.): vi rinviamo il lettore.

(6) Ric., 15 nov. 1854 (G. del F. 1855, t. I, p. 5; Dall., 55, 1, 113; Dev. 55, 1, 193).

iscrizioni d'ipoteche convenzionali prese da creditori surrogati, *tuttochè riportanti la surrogazione all'ipoteca legale della moglie*, non potrebbero equivalere alla iscrizione di questa ipoteca legale, iscrizione sottumessa come tutte le altre, a condizioni ed a forme sostanziali di cui non si rinviene equivalente alcuno in queste menzioni *che non ànno in realtà altro scopo tranne quello di manifestare la volontà degli iscriventi di reclamore il beneficio delle surrogazioni consentite in favor loro.* » E la camera civile della Corte di cassazione, entrando in questa via, à detto della sua volta, rigettando il ricorso, « che la iscrizione dell'ipoteca legale della moglie è sottomessa a formalità sostanziali prescritte dallo articolo **2153** del Codice Napoleone; che la semplice menzione di surrogazione in questa ipoteca, *accessoriamente* alla iscrizione d'una ipoteca convenzionale, non presentando tutte le condizioni volute dalla legge per la iscrizione dell'ipoteca legale medesima, *non potrebbe equivalere a questa iscrizione, e sostituirla*; che così giudicando, la Corte di Orleans non à fatto che conformarsi alla legge (1) ». Ci siamo elevati altrove (2) contro queste decisioni che subitoneamente destituiscono le menzioni di surrogazione dello effetto giuridico che la pratica e la giurisprudenza dominante lor avevano assegnato. Che ci sia permesso di tornarvi sopra e di combatterle qui ancora a nome degl'interessi che turbano, e della legge di cui disconoscono il pensiere.

785. Ed innanzi tutto, in quanto alla perturbazione che gittano negli interessi privati, essa è evidente. Rammentiamo in i fetti quanto abbiamo detto dell'uso in ciò che concerne le menzioni di surrogazione. Abbiamo vedute queste menzioni generalmente ammesse come quelle che dispensano dalla iscrizione speciale dell'ipoteca legale medesima, quando eran fatte nella iscrizione dell'ipoteca convenzionale del creditore surrogato. Che si faccian ricerche, rimontando fino all' epoca in cui le surrogazioni nell'ipoteca legale della moglie si sono generalizzate nella pratica, ed al certo sen troveranno ben poche fra quelle cousentite accessoriamente ad una obbligazione sottoscritta dal marito, che sieno state rese pubbliche altrimenti che per la via della menzione nella iscrizione della ipoteca convenzionale. Ripetiamol di nuovo, era l'uso costante; ed ogni creditore surrogato il quale, sulla fede di quest'uso, à fatto conoscere la sua surrogazione nella forma usitata, à avuto ogni ragione, senza altrimenti preoccuparsi, di credersi perfettamente assicurato di avere un pegno serio ed una preferenza acquisita su tutti gli altri creditori con cui i suoi debitori avesser trattato ulteriormente. Ebbene! questa assicuranza è tutto distrutta; lo arresto della Corte suprema, condannando retrospettivamente l'uso, viene a dire a'creditori surrogati che, per quanto universale quest'uso abbia potuto essere, per prolungata che ne sia stata la pratica, non han dovuto confidarvisi; e tutti questi dritti, che tante surrogazioni han conferiti, non han più oramai che un'esistenza incerta e precaria, decaduti che sono dal loro grado sul pegno che loro era stato direttamente affetto! Se prendiamo la specie dello arresto reso dalla corte suprema, vediamo uno di questi dritti il quale, nato nel **1839**, e reso pubblico immediatamente nella forma usitata come rispondente a tutte le esigenze della pubblicità sparisce tuttavia nel **1856**, e si annulla innanzi ad un credito nato nel **1847**, otto anni dopo di esso, ed il cui titolo alla preferenza si è trovato in una iscrizione fatta nel **1851** soltanto! Quanti altri possono egualmente crollare! Il campo è oramai aperto innanzi a'creditori a'quali l'esistenza di tali dritti fa ostacolo; e come, nulla è stato più usuale, da molti anni delle convenzioni della specie, non si potrebbe dire il numero che v'à ora di mutuanti fiduciosi, i cui collocamenti son compromessi e la cui fortuna può essere scossa.

786. E poi, non essendo ciò che una considerazione, veniamo a' principii. Perchè la Corte di cassazione annulla le *menzioni di surrogazione*? I termini dello arresto sono ben poco espliciti a tal riguardo, ed a causa del suo laconismo istesso, lo arresto à dato adito alla interpetrazione. Pertanto, la Corte rigettando la menzione di surrogazione, ossia la iscrizione, dell'ipoteca legale, in quanto è fatta *accessoriamente* alla iscrizione della ipoteca convenzionale, se n'è conchiuso in prima che il pensiere del suo arresto è stato di condannare per principio le *iscrizioni collettive*, e di decidere che il creditore che avesse più di un'ipoteca risultante dallo stesso titolo non potrebbe rendere queste ipoteche pubbliche in un solo bordereau, in una sola iscrizione. Mostreremo, nel nostro commentario dello art. **2148**, e lo mostreremo con la giurisprudenza della cor-

(1) Rig., 4 feb. 1856 (Dall., 56. 1, 61; Dev., 55, 1 225, G. del P. 1856, t. I. p. 449).

(2) V. la Rivista critica di legislazione (t. IX. p. 97 e seg.).

to di cassazione medesima, che questo modo di procedere per borderò cumulativi o iscrizioni collettive se non è direttamente consacrato dalla legge, sta almeno nel suo spirito, e che numerosi testi lo suppongono prestabilito. Mostreremo ancora che, meglio e più sicuramente delle iscrizioni divise, le iscrizioni collettive, in tesi generale, soddisfanno ai bisogni della pubblicità e sono suscettive di illuminare i terzi e dirigere le loro ricerche negli stati che lor sono consegnati.

Comproviamo soltanto qui che ciò è vero, massime quando la iscrizione collettiva à per oggetto, con una ipoteca convenzionale, l'ipoteca legale della moglie e la surrogazione consentitane. In effetti, dallo stato della iscrizione, dalle enunciazioni contenute in quest'atto possono i terzi conoscere la posizione del debitore. Or la vedranno essi con certezza nel mezzo d'iscrizioni divise e distinte in cui troveranno successivamente riprodotta, ed in diverse riprese, la cifra del medesimo credito? Il loro spirito potrebbe non rimanere indeciso sul punto di sapere se v'à o no indennità nei credit i la cui cifra si ripete in tal modo più o meno frequentemente? E se, in luogo di ciò, si suppone una iscrizione collettiva in cui gl'iscriventi han fatto constatare che ciascuno di essi à ottenuto per sicurezza del suo credito, in prima dal marito un'ipoteca convenzionale, indi e per maggior garenzia, una surrogazione nella ipoteca legale della moglie, non è vero che tutto è chiaro; che la situazione del debitore è stabilita senza equivoco possibile; che niuno può ingannarsi o non vedere come ed in qual misura sono i beni del debitore gravati?

Si è tuttavia detto che precisamente in questa ipotesi à l'iscrizione collettiva un grave pericolo, in quanto che l'ipoteca ceduta non essendovi descritta che nel secondo piano, dopo tutte le clausole relative alla iscrizione dell'ipoteca convenzionale, non colpisce gli occhi a bella prima, non attira l'attenzione del lettore, in guisa che è a temere che sotto l'impero dell'idea che l'atto tutto intiero si riporti all'ipoteca descritta nelle prime linee non si arresta senza spingere la lettura fino al termine(1). Abbiamo risposto altrove a questa obbiezione (2), e ripetiamo che essa à per lo meno ciò di particolarmente ingiusto che, sotto pretesto di proteggere i terzi, sacrifica de'creditori legittimi e serii permettendo a'primi di farsi un titolo della loro inattenzione. Abbiamo detto e ripetiamo che colui al quale vien tutto dato in una sola iscrizione perchè ne prenda conoscenza, è riprovevole se, pel fatto suo e per inavvertenza, non vede tutto; che allora inganna sè stesso e non è ingannato; o che non potendo imputare che a sè solo alla sua propria negligenza l'errore che à commesso, non potrebbe ad alcun titolo essere ammesso a pretendere che tutt'altri che lui debba soffrire le conseguenze di questo errore e subirne la responsabilità. Del resto queste idee, dacchè le abbiamo espresse, sono state accolte dalla giurisprudenza, e la Corte di Orleans medesima da cui abbiamo veduto rigettare le *menzioni di surrogazione* nella causa terminata con lo arresto di rigetto del 4 febbraio 1856, ha detto ammettendo, al contrario, *le iscrizioni collettive* in un arresto ulteriore, che il creditore che riunisce nella sua persona, per garenzia del suo unico credito, i dritti d'ipoteca convenzionale e d'ipoteca legale conferiti dal titolo medesimo, *è incontrastabilmente ammesso a reclamare una sola iscrizione del suo credito*, se contiene, d'altronde, tutte le enunciazioni richieste dalla legge; che per contestar la validità d'una simile iscrizione, *non sarebbe permesso fondarsi sa di alcuna legge, nè su di alcun grave inconveniente che possa risultarne;e che non è da senno* pretendere che l'attenzione de'terzi non fosse svegliata su di una iscrizione d'ipoteca speciale (3)... »

Checchè ne sia, non insistiamo più oltre, in quanto ad ora, sulla induzione che si è voluto trarre da'termini dello arresto del 4 febbraio 1856, e salvo a dire, nel nostro commentario dello art. 2148, ciò che in dritto, fa uopo pensare delle iscrizioni collettive, affermiamo che la parola *accessoriamente* che si trova in questo arresto vi è scritta, non in vista di consacrare un principio, ma unicamente per precisare ed indicare la forma esteriore in cui si produceva nel giudizio l'iscrizione di cui si doveva regolar la sorte.

Che v'ha dunque nella decisione di cui combattiamo la dottrina? Null'altro tranne che una *menzione di surrogazione* non è un equivalente dell'iscrizione medesima della ipoteca legale. Ciò appunto bisogna esaminare. Perchè dunque la menzione non è lo equivalente della iscrizione?

787. Nell'arresto mantenuto dal rigetto del 4 febbraio 1856, la Corte di Orleans ci dice che la menzione differisce dalla iscri-

(1) V. Mourlon (Riv. prat. t. I, p. 95 e t. II, p. 505 e seg.)

(2) V. Riv. crit. di legisl. (t. IX, p. 120 e seg).

(3) V. Orleans, 20 feb. 1857; 57, (Dev. 2, 200).

zione pel suo oggetto, in quanto il creditore richiedente domanda la menzione non dell'*ipoteca*, ma della *surrogazione* e non ha altro scopo che di manifestare *la sua volontà di reclamare il benefizio di questa surrogazione*. Ma questa valutazione assolutamente inesatta suppone l'obblio delle nozioni più elementari in materia di surrogazione.

Non è il caso di ritornar qui su ciò che abbiamo detto della natura e del carattere del dritto trasmesso dalla moglie al creditore verso cui si è obbligato (v. le nostre osservazioni a tal riguardo, *supra* numeri 572 e seg.). Osserviamo soltanto che la giurisprudenza è unanime nel riconoscere che in questo caso il creditore è tenuto per surrogato, nella misura del suo credito, a' dritti della moglie medesima. Ciò posto è uopo ben dare alla surrogazione i suoi effetti giuridici. Or l' uno di questi effetti ed il più diretto e certo, è di porre il surrogato in luogo del surrogante, e di investirlo, in tutto o in parte, del dritto di costui: si è la nozione derivante dalla surrogazione, che è precisamente secondo la definizione di notevoli autori tanto antichi quanto moderni, « una finzione con cui il creditore è riputato aver cedoto i suoi diritti ad un terzo. » Adunque, nello stesso tempo che il surrogato è *investito* d'una parte de' dritti del surrogante, costui, dal canto suo, è spossessato di questa medesima parte; il surrogato non acquista un dritto nuovo; è lo antico dritto, l'antica ipoteca la quale, uscita per parte dalle mani del surrogante, passa nelle mani del surrogato per divenir la proprietà di quest'ultimo. Che ne segue da ciò? Che quando il surrogato chiede la iscrizione o la menzione di questo dritto l'ipoteca istessa rende egli pubblica per la parte trasmessagliene. Soltanto, l'operazione quì è complessa, in luogo di esser semplice, come lo é quando é fatta sulla inchiesta del surrogante: il surrogato enuncia, da un canto, che esiste un'ipoteca, e da un'altra banda, che quest'ipoteca gli è stata ceduta in tutto,o in parte. Son questi evidentemente i due fatti che comprende l'idea complessa di surrogazione, e che traduce la iscrizione o la menzione di questa surrogazione. Da ciò si vede quanto questa situazione è disconosciuta nel sistema della Corte di Orleans, e come, ristabilendo la verità delle cose sull' autorità de' principii, è uopo prendere il controcolpo delle affermazioni anticipate da questa Corte, e dire che il pubblicare o menzionare la *surrogazione*, non è altro se non un menzionare o pubblicare *l' ipoteca* medesima, e che manifestare, con la menzione, *la volontà di reclamare il benefizio della surrogazione*, è un far precisamente ciò che fa il creditore iscrivendosi, in quanto manifesta ancora, con la iscrizione, *la volontà di reclamare il benefizio* dell'ipoteca. — Non è dunque vero dire che la menzione differisce dalla iscrizione pel suo obbietto; la verità è al contrario che, sotto questo rapporto, v' à tra la iscrizione e la menzione una identità perfetta.

788. In quanto alla Corte di cassazione, non contesta ciò, e se per essa la semplice menzione di surrogazione nell'ipoteca legale accessoriamente ad un'ipoteca convenzionale non equivale alla iscrizione, gli è unicamente « perchè non presenta tutte le condizioni volute dalla legge per la iscrizione dell'ipoteca legale medesima ». Ma quali sono queste condizioni volute dalla legge che non presenta la menzione di surrogazione fatta nelle circostanze onde qui si tratta? La corte di cassazione omette di dirlo.

L'omissione è gravissima al certo e non può che sembrar tale, quando si pensa che le espressioni precitate dello arresto ne contengono l'unico motivo. La quistione, in definitiva, essendo di sapere se, la menzione di surrogazione fatta nelle circostanze determinate soddisfa o no alle condizioni della legge, sarebbe stato utile, dopo di aver affermato che non vi sodisfa (il che è del resto un risolver la quistione per sè stessa), aggiungere alcune parole per dire, come, perchè, in quali punti, le condizioni della legge si trovano disconosciute o violate. Ma non era facile fare questa giustificazione. Pensiamoci bene, le condizioni a cui lo arresto fa allusione, sono asseverantemente le enunciazioni prescritte dallo articolo 2153 del Codice Napoleone. Or queste enunciazioni son riprodotte da quelle che esige lo art. 2148 e non ne sono che *una parte*. Ed allora, quando la menzione di surrogazione accede ad una iscrizione la quale sodisfa a tutte le condizioni dello art. 2148, quando si unifica con questa medesima iscrizione, non è agevole, ciò si comprende giustificare questo rimprovero che gli si fa di non sodisfare *alle condizioni dello art.* 2153, ossia a talune condizioni che formano *una parte* soltanto *del tutto*, che lo art. 2148 à coordinato e che si rinviene, senz'alcuna riduzione, nella iscrizione con cui si confonde la menzione di surrogazione.

Gli è che, nella verità delle cose, questo rimprovero é, in fatto come in dritto, destituito di fondamento. Che dice lo articolo 2153? Che i dritti d'ipoteca legale saranno iscritti sulla esibizione di due borderò con-

tenenti soltanto: 1° i nomi, prenomi, professione e domicilio reale del creditore, ed il domicilio che sarà da lui o per lui eletto nel circondario; 2° i nomi, prenomi, professione, domicilio, o designazione precisa del debitore; 3° la natura de' dritti da conservare e lo ammontare del lor valore in quanto agli oggetti determinati, senza essere tenuto a fissarlo in quanto a quelli che sono condizionali, eventuali o indeterminati. Ebbene! quando la surrogazione all'ipoteca legale è l'accessorio d'una stipulazione d'ipoteca legale e l'accessorio d'una stipulazione d'ipoteca convenzionale, quando si liga a quest'ipoteca e deve colpire gli stessi beni, tutti questi elementi della iscrizione son contenuti nella menzione di surrogazione, e si ritrovano sia nel testo medesimo della menzione, sia nelle enunciazioni che essa togie all'iscrizione della ipoteca convenzionale con cui è in intima e necessaria relazione.

Per la qual cosa, la designazione del creditore e quella del debitore, che fan l'oggetto delle enunciazioni prescritte da' due primi numeri dello art. 2153, vi si trovano incontestabilmente. Vi sono allogate, se vuolsi, in capo della iscrizione e prima di ciò che concerne surrogazione nella ipoteca legale. Ma che fa ciò? Quando il testo dice che avendo il tale il suo domicilio reale nel tale luogo, e facendo la sua elezione di domicilio nel tal altro, chiede iscrizione dell'ipoteca convenzionale che à su i beni del tale, suo debitore, ed inoltre menzione della sua surrogazione nella ipoteca legale, non è possibile dividere queste enunciazioni diverse, infrangerne lo insieme e la correlazione, perchè sono scritte in capo della iscrizione, separarne la menzione di surrogazione per rallegarla esclusivamente all'ipoteca convenzionale. Queste enunciazioni sono evidentemente comuni alle due ipoteche; l'iscrivente avrebbe potuto senza dubbio ripeterle per la seconda dopo di averlo espresse per la prima; ma la ripetizione, sovrabbondante ed oziosa, non avrebbe fatto nulla per la chiarezza di una redazione la quale, in sè stessa, è positiva, certa, precisa anzichè no per rendere ogni errore impossibile: annullare l'una delle due iscrizioni per la sola ragione che le enunciazioni già fatte non vi sono state ripetute, sarebbe un accordar al di là di ciò che conviene al materialismo della forma, e far cadere de' dritti legittimi innanzi a ben futili motivi!

Ciò del resto non è contestato (se non dal lo arresto del 4 febbraio 1856, il quale non precisa nulla, almeno per quelli che ne adottano la dottrina che in rapporto all'elezione di domicilio, in quanto che, dicesi, non basta al creditore eligere un domicilio per lui, vi fa d'uopo ancora di un domicilio eletto per la moglie, ed in quanto, in tutti i casi è mestieri l'indicazione esplicita di un domicilio per l'esercizio dell'ipoteca legale, domicilio che può essere tutt'altro per quest'ipoteca che per l'ipoteca convenzionale (1). Ma non v'à in ciò esagerazione ed inganno? Si suppone che la moglie, anche dopo di aver consentita la sorrogazione alla sua ipoteca, resti investita del suo credito nella sua integralità, donde seguirebbe la necessità di una elezione di domicilio per lei. Or abbiamo provato (v. n° 789) che la surrogazione à precisamente per effetto di spossessare il surrogante del suo credito, nella misura dei dritti che il surrogato à avuto in mente di assicurare, e che questa parte che si distacca dal credito esce dalle mani del surrogante per passare in quelle del surrogato, di cui diviene la proprietà. Pertanto, il surrogato all'ipoteca legale della moglie è egli stesso creditore in luogo di quest'ultima; di tal che quando fa elezione di domicilio per lui senza occuparsi inoltre d'un'elezione di domicilio per la moglie, il che del resto gli è assolutamente inutile, sodisfa pienamente all'obbligazione cui la legge impone, quando dice che sarà eletto un domicilio *dal creditore o per lui*. Ora, che quando si tratta di una iscrizione che abbia per oggetto cumulativamente un'ipoteca convenzionale e la surrogazione all'ipoteca legale, il domicilio eletto possa non esser lo stesso per le due ipoteche, lo ammettiamo, se tale è la volontà del creditore. Ma converrà che questa volontà sia stata manifestata. E quando, in luogo di dirlo nel bordorò da lui esibito per operare la sua duplice iscrizione si è limitato a fare una sola elezione di domicilio, crediamo che bisogna vedere in ciò una manifestazione della volontà contraria, e riconoscere che à inteso non indicare che un solo e medesimo domicilio per lo esercizio delle due ipoteche. — Per la qual cosa tutte le enunciazioni richieste dai due primi numeri dello art. 2153 sono incontrastabilmente contenute, senza distinzione e senza riserva, nella menzione di surrogazione fatta accessoriamente all'iscrizione d'una ipoteca convenzionale.

In quanto a quelle del numero terzo, si

(1) V. Guenot, Osserv. sull'arresto del 4 feb. 1856 (G. del P., 1856, 1, 1, p. 419). Arrogi: Leroux (Controllore del registro, n. 10680).

allogano naturalmente nel testo stesso della menzione di surrogazione. Quivi e non altrove, enunciando la somma per cui è surrogato, l'iscrivente esprimerà che, fino a concorrenza di questa somma egli s'iscrive per le riprese, crediti, dritti matrimoniali della moglie, contro il marito. Non è il caso di esaminar qui il punto di sapere se una formola enunciante vagamente ed in un modo generale le *riprese, i crediti e i dritti matrimoniali* della moglie, risponda al voto della legge, o se sia indispensabile di precisare ed esprimere la *natura* delle riprese e lo *ammontare* del loro valore. Ei v'à intorno a ciò una controversia su cui ci spiegheremo nel nostro commentario dell'art. 2153. Ma in quanto al presente, questa difficoltà è fuori causa; tutta la quistione sta qui nel sapere in che una semplice menzione di surrogazione à potuto sembrare dissimile anzichè no dalla iscrizione dell'ipoteca legale medesima, perchè la Corte di cassazione abbia deciso, col suo arresto del 4 febbraio 1853, che la menzione non equivale alla iscrizione. Or non vi fa d'uopo di alcuna discussione per istabilire che almeno la Corte non à trovata la dissimiglianza nelle enunciazioni ond'è quistione al numero 3 dello art. 2153: la pruova emerge bella e fatta dalle circostanze dello arresto: basta, per vederla, ravvicinare le menzioni di surrogazione e l'iscrizione tra cui la lotta era impegnata innanzi la Corte suprema. Vi si riconnosce che tutt'i creditori surrogati, tanto quello che aveva chiesto *iscrizione* della ipoteca legale quanto coloro che avevan proceduto per la via della semplice *menzione*, avevano adoperata la medesima formola presso a poco per enunciare i crediti della moglie. Or l'*iscrizione* è stata validata, poichè lo arresto del 4 febbraio 1856 le à dato tutto il suo effetto: e ciò è decisivo; chè, sebbene le *menzioni* di surrogazione sieno state annullate per un motivo di cui il laconismo dello arresto non permette render conto, tuttavia questo motivo non può essere stato preso dalle lacune lasciate nella enunciazione delle riprese, poichè questa enunciazione è concepita in termini identici e nelle menzioni annullate e nella iscrizione validata. Il fatto stesso attesta dunque che neppure sotto questo rapporto la menzione di surrogazione differisce dalla iscrizione.

789. Posto tutto ciò che bisogna conchiudere? Che non v'è realmente serio motivo per non vedere, nella semplice menzione di surrogazione, l'equivalente dell'iscrizione dell'ipoteca della moglie. In definitiva, se la prima differisce da questa per la espressione, il che è completamente indifferente, è pur sempre identica con essa, ed al punto di vista delle enunciazioni, che evidentemente possono essere per l'una ciò che debbono essere per l'altra, ed al punto di vista dell'oggetto il quale, per entrambe, è un avvertimento da dare ai terzi. Non si spiega dunque come la Corte suprema abbia adoperata verso questa forma particolare di procedere una severità che niuna delle disposizioni del Codice Napoleone aveva autorizzata.

790. Ed ora, andando più oltre, aggiungiamo che, anche dopo la legge del 23 marzo 1855, questa severità non sarebbe meglio giustificata. Sonovi in tal punto, molte autorità in senso contrario (1). Per gravi che sieno, crediamo poter dire che dànno allo art. 9 della legge precitata un significato che non è il suo, e che esse stesse lo suppongono scritto in un ordine d'idee a cui è manifestamente rimasto estraneo. Evidentemente, ciò di cui il legislatore si preoccupa nello art. 9 della legge del 23 marzo 1855, è l'*effetto* e non il *modo* della iscrizione onde parla. Ciò è chiaro, poichè lo articolo come abbiamo mostrato poc'anzi (v. n. 780), à avuto per oggetto, non solo di obbligare il creditore surrogato a prendere una iscrizione la quale fin là era facoltativa almeno fino allo adempimento delle formalità della purgazione, ma eziandio ed anzitutto, di precisare che questa iscrizione avrebbe per effetto, da un canto, di operare una specie di *saisine* a favore del creditore surrogato, e dall'altro, di fissare, in caso di concorso di più cessioni, l'ordine in cui ogni creditore iscritto eserciterebbe i dritti ipotecarii della moglie a' quali è stato surrogato. In quanto al modo ed alla forma della iscrizione, la legge non ne dice nulla; ed a questo punto di vista possiamo conchiudere che, se le richieste di menzione sui registri del conservatore erano sufficienti prima della nuova legge, come crediamo averlo dimostrato, per assicurare la conservazione del dritto, non v'à ragione perchè non siano sufficienti anche dopo la legge.

Che si oppone a ciò? La lettera stessa dello art. 9, in prima in quanto lo articolo esige letteralmente *una iscrizione*, e poi in quanto i suoi termini stessi indicherebbero

(1) V. Troplong (*della Trascrizione* n. 321,340). Mourlon (*Riv. prat. di dritto franc.*, p. 89), Giorn. del Foro(art. 15153, 15751), Giorn. del Conserv.) (art. 1127), Giorn. del Reg. e Giorn. del Not (n. 1140).

che la menzione non può adoperarsi che *in margine di una iscrizione preesistente*. Ma rispondiamo con le osservazioni già presentate. Da un canto, i principii proprii alla surrogazione ci àn mostrato che la richiesta di *menzione* non è altro nel fondo che la richiesta di *iscrizione* medesima (v. n. 787); e con ciò abbiamo confutato anticipatamente la prima parte dell'obbiezione. Dall'altro, l'istorico istesso della legge e la sua correlazione co' progetti su cui son caduta le discussioni sulla riforma del regime ipotecario ci àn fatto vedere che è un disconoscere la legge, ed un sopprimere arbitrariamente l'alternativa che pone nel modo più chiaro, il riunire le due formalità di cui parla e supporre che debbono essere adempite cumulativamente (v. n. 780); e con ciò si trova eliminata la seconda parte dell'obbiezione.

Non bisogna dunque argomentare dal testo dello articolo contro la validità delle menzioni di surrogazione considerate come mezzo di render pubblici i dritti de'surrogati nella ipoteca legale della moglie. Indubitatamente, vi è detto che il cessionario non sarà investito rispetto a'terzi, che con l'*iscrizione* presa a suo favore. Ma ciò implica forse necessità di fare l'iscrizione nella forma sacramentale dello art. 2153 del Codice Napoleone? Punto nè poco; questo riguarderebbe la forma, o ripetiamolo, lo art. 9 della legge del 23 marzo 1855 si occupa dello *effetto* della iscrizione; non si occupa, direttamente almeno, della forma, del modo dell'iscrizione. A' voluto dire che il surrogato *dovrà dare all'ipoteca legale la pubblicità che non à ricevuta*; non à voluto dir nulla di più; o se taluni dubbii potessero esistere a tal riguardo, sarebbero tolti dalle parole, già citate, della Esposizione dei motivi, « che tutto ciò che si è voluto esigere, in quanto concerne i cessionarii, *è la pubblicità dell'ipoteca.*» Or questa pubblicità, la sola cosa che siasi domandata al cessionario, è forse ch'essa non può risultare se non da una iscrizione presa nella forma dello art. 2153 del Codice Napoleone? Sarebbe irragionevole sostenerlo. L'ipoteca divien pubblica, tosto che registri del conservatore la portano a cognizione dei terzi; e come l'iscrizione per via di menzione su'registri basta a procurare questo risultato, gli è un porsi ne'termini stessi della legge il dare a queste specie di menzioni gli effetti cui essa affigge all'iscrizione.

791. Tali sono le considerazioni per cui siamo indotti a pensare che l'ipoteca legale è abbastanza rivelata dalla semplice menzione nella iscrizione della ipoteca convenzionale, e che, anche dopo la legge del 23 marzo 1855, la quale, esigendo la pubblicità delle surrogazioni all'ipoteca legale della moglie, à giustamente fatto della dispensa d'iscrizione consacrata dal nostro art. 2135 un favore tutto personale alla moglie, l'indicazione della surrogazione su'registri del conservatore per la via della semplice menzione basterebbe ancora al punto di vista della pubblicità. Gli è al certo increscevole che la corte di cassazione abbia creduto dover pronunziare contro questa forma particolare di procedere una nullità la quale, d'altronde, non trova il suo appoggio o la sua spiegazione nè in un testo preciso, nè tampoco ne'principii generali della legge. Ma, diciamol pure, forse questa severità deve riassicurare col suo stesso eccesso; è quando a tutte le ragioni che vietano le menzioni di surrogazione, questo equivalente sì perfetto della iscrizione, aggiungiamo i titoli che questo modo di procedere attinge nella pratica ove è nato, ed in cui si era mantenuto fino allora senza rinvenir mai una resistenza seria; quando inoltre riguardiamo le conseguenze funeste ed i pericoli che può trar seco lo arresto del 4 febbraio 1856, non possiamo astenerci dal credere che questo arresto non dice l'ultima parola della Corte suprema che le iscrizioni sì numerose fatte per questa via della *semplice menzione* non sono irrevocabilmente condannate, e che se accade ancora che la causa sia fatta con questa forma di procedere, non è impossibile che avvenga una ritrattazione la quale permetta alla pratica di rientrare nella sua via e di continuare la tradizione che un quarto di secolo aveva consacrata.

792. Checchè ne sia, dobbiamo riconoscere che le menzioni di sorrogazione han ricevuto dallo arresto del 4 febbraio 1856 una lesione profonda. Si può anzi dire che in presenza di questo arresto, questo modo di procedere è completamente abbandonato; ed al presente si chiede, non più una *menzione di surrogazione*, ma l'*iscrizione medesima* dell'ipoteca legale. Da ciò nuove difficoltà. Pertanto, finchè le menzioni erano ammesse senza che l'efficacia ne fosse contestata, l'uso costante è stato di presentare un solo borderò in doppia minuta e di formolare una sola iscrizione, quando la menzione di surrogazione era richiesta dal creditore accessoriamente ad una ipoteca convenzionale, ed il borderò comprendeva ad un tempo le enunciazioni relative a quest' ultima ipoteca e le

enunciazioni relative all'ipoteca legale in cui il creditore era surrogato. Quest' uso deve forse sussistere ora che le menzioni di surrogazione sembrano abbandonate, e che in luogo di chiedere questa menzione, si chiede, a favore del creditore surrogato, la iscrizione medesima della ipoteca legale della moglie? I conservatori possono ancora non accettare che un solo borderò indicante collettivamente le due ipoteche. E se accettano un solo borderò, debbono o possono dividerlo riproducendolo su'loro registri e formolare due iscrizioni? Tali sono le difficoltà che à fatto nascere la nuova giurisprudenza sulle menzioni di surrogazione. Ma sarebbe un usurpare le osservazioni riguardanti il modo della iscrizione de' privilegi ed ipoteche l'imprendere l'esame di queste difficoltà qui, ove abbiamo ad occuparci della innovazione introdotta dalla legge del 1855, più particolarmente al punto di vista della data della ipoteca; e salvo a ritornare su queste quistioni nel nostro commentario dello art. 2150, ove è indicato il compito del conservatore, passiamo all' oggetto ed agli effetti della pubblicità richiesta, dall' art. 9 della legge sulla trascrizione per le surrogazioni all'ipoteca legale della moglie.

793. Dopo quanto precede, l'oggetto della nuova legge è ciò che v'à di più agevole a precisare. Nello antico stato di cose, quando la giurisprudenza venne a riconoscere ed a dichiarare che niun testo imponeva al surrogato l' obbligazione di render pubblica la surrogazione consentita in di lui favore, nulla impediva che una moglie la cui ipoteca legale era già assorbita da surrogazioni occulte potesse ancora procurarsi del credito, o procurarne al marito, offrendo ad altri creditori di associarli al benefizio di questa ipoteca: ed accadde di frequente, come la facoltà di Strasbourg ne ha fatta la osservazione nella inchiesta amministrativa del 1845, che de' creditori che credevano aver tenuta una sicurezza completa con la surrogazione all'ipoteca della moglie, videro questa garenzia svanire innanzi a surrogazioni anteriori (v. *supra*, n. 466). Questo pericolo appunto si è la nuova legge proposto di eliminare e, ponendo da banda la giurisprudenza che estendeva oltre modo il nostro art. 2135, nella disposizione che proclama l' esistenza dell' ipoteca legale della moglie indipendentemente da ogni iscrizione, vuole, in questo scopo, che questa ipoteca medesima subisca la legge comune della pubblicità una volta che esce dalle mani della moglie per passare nelle mani di creditori surrogati, e pone per principio che la pubblicità soltanto consoliderà sul capo del surrogato, *rispetto ai terzi*, la cessione o la rinuncia fatta a favor suo dalla moglie. — Tale è l' oggetto dello art. 9 della legge del 1855.

794. Notiamo a bella prima o piuttosto rammentiamo che questa disposizione della nuova legge non è fatta pei terzi acquirenti in favor de'quali la moglie rinuncia alla sua ipoteca legale. Sappiamo già che le rinuncie consentite dalla moglie in favore de'terzi acquirenti operano per sè stesso l' estinzione della ipoteca legale sullo immobile venduto, senza che i terzi acquirenti abbian duopo di procedere alla purgazione dell'ipoteca legale, nè di far conoscere la rinuncia altrimenti che con la trascrizione della vendita a cui la moglie à dato il suo concorso solidale o di cui si è resa mallevadrice con tutte le garenzie di diritto. Son queste delle rinuncie puramente *estintive*, ed abbiamo mostrato poc'anzi (n. 486) che lo art. 9. della legge del 1855 non concerne questa specie di rinuncia. Non abbiam più da insistere su di ciò.

795. La disposizione non si applica dunque che alle cessioni o rinuncie *translative*, ossia alle cessioni o rinuncie fatte dalla moglie in favore de' creditori che surroga nella sua ipoteca. Ma rispetto a questi creditori in tal modo surrogati, la regola fermata dalla legge è assoluta, nel senso che è sempre applicabile e deve esser seguita, astrazione fatta dalle forme numerose e varie (v. *supra* n. 455 e seg.) che può affettare la surrogazione. Pertanto, se la surrogazione procede da una rinuncia fatta dalla moglie, importerà poco che la rinuncia sia espressa o tacita; se procede da una cessione importerà par poco che la cessione abbia per oggetto sia il credito medesimo, sia il dritto di anteriorità, sia semplicemente l'ipoteca distaccata dal credito: in tutt' i casi, la surrogazione dev'esser resa pubblica perchè sia opponibile a'terzi, chè la disposizione della legge è concepita in termini tali che non comportano nè eccezione, nè riserva.

Ciò risponde all' opinione degli autori i quali, distinguendo appunto ove la legge non distingue in alcun modo, suppongono che almeno nel caso in cui la cessione consentita dalla moglie avesse per oggetto *il credito medesimo*, la regola starebbe nello art. 1690 del Codice Napoleone e punto nè poco nello art. 9 della nuova legge, di tal che il cessionario sarebbe investito, indipendentemente da ogni pubblicità ipotecaria, per lo effetto della notificazione o della accettazione di cui si è parlato nello articolo pre-

citato del Codice Napoleone. Conosciamo da altronde questa dottrina, e l'abbiamo già confutata dicendo qual dev'essere oggi il carattere dell'atto che porta o implica surrogazione nell'ipoteca legale della moglie. Abbiamo dimostrato che subordinando l'efficacia della cessione o della rinuncia rispetto a'terzi, alla condizione che fosse fatta con *atto autentico*, la nuova legge pone una regola assoluta, applicabile a tutte le cessioni, quindi a quelle che han per oggetto il credito medesimo non meno che a quelle che non riflettono l'ipoteca o il dritto di anteriorità, e che in ciò la legge deroga allo art. 1690 del Codice Napoleone, o almeno aggiunge una formalità di più alle formalità prescritte da questo articolo per le cessioni di credito (v. *supra*, n. 469). Or la difficoltà mossa qui è un altro aspetto della stessa quistione, di tal che la necessità della *pubblicità* provandosi per le ragioni stesse che stabiliscono la necessità dell'*atto autentico*, ci basta rinviare alla nostra precedente dimostrazione.

796. La regola è assoluta ancora in questo senso che sussiste e dev'esser seguita anche dopo lo scioglimento del matrimonio. Per la qual cosa, se la surrogazione è consentita dalla moglie qualche mese dopo la morte del marito, il surrogato è pur sempre tenuto, per essere investito rispetto a'terzi, a rendere pubblica la surrogazione per le vie che indica lo art. 9 della legge. È vero che la moglie non trovandosi più, in questo caso, sotto l'influenza maritale, sembra che non vi sia la stessa ragione di esigere le precauzioni che la nuova legge à avuto per oggetto di stabilire. Ma sappiamo che lo interesse in gioco non è soltanto quello della moglie, e che la legge veglia ancora allo interesse de' terzi che vuol premunire contro i pericoli delle surrogazioni occulte. Or, che la surrogazione sia consentita durante il matrimonio o dopo lo scioglimento, i pericoli sono gli stessi. D'altronde, lo art. 9 non fa distinzione, ed i termini ne sono troppo assoluti perchè sia permesso di distinguere nell'applicazione (1).

797. Ciò detto sull'oggetto della pubblicità a cui son sottomesse le surrogazioni nella ipoteca legale della moglie, vediamo quali ne sono gli effetti.—La legge, ponendo le surrogazioni sotto il livello della regola generale in materia d'ipoteca, toglie loro il beneficio della disposizione eccezionale del nostro art. 2135 ed applica ad esse il principio dello art. 2134, secondo cui, « tra'creditori, l'ipoteca, sia legale, sia giudiziaria, sia convenzionale, non à grado che dal dì della iscrizione presa dal creditore su' registri del conservatore, nella forma e nel modo prescritti dalla legge.» La pubblicità à dunque per effetto, in rapporto a'creditori surrogati come in rapporto ad ogni altro creditore ipotecario, di fissare il loro grado di ipoteca e di regolare il dritto di preferenza. Pertanto, nel concorso di surrogazioni successive, ciascun creditore surrogato eserciterà il suo dritto ipotecario, non già, come prima della nuova legge, alla data *della sua surrogazione* (v. *supra*, n. 779), ma alla data *dell'iscrizione* o *della menzione* richiesta ora perchè il creditore surrogato sia investito, rispetto a'terzi, della cessione o della rinuncia d'onde la surrogazione procede, ed è ciò che lo art. 9 della legge del 23 marzo 1855 esprime formalmente nella sua disposizione finale.—Supponiamo ora che diversi creditori surrogati abbian chiesta iscrizione o menzione lo stesso giorno, questi creditori eserciteranno in concorrenza una ipoteca della medesima data, senza distinzione tra la iscrizione o la menzione del mattino e quella della sera, e ciò per applicazione dello art. 2147, la cui disposizione già commentata (v. n. 734 e seg.) servirà naturalmente di regola in questo caso (2).

Ma è importante precisare il valore della legge, e perciò presenteremo due osservazioni che ànno entrambe, la seconda anzitutto, una grandissima importanza.

798. Osserviamo, in primo luogo, che soltanto a'creditori surrogati regola la legge (al punto di vista del dritto di preferenza di cui ci occupiamo qui esclusivamente) gli effetti della pubblicità. « Le date delle iscrizioni o menzioni, dice essa, determinano l'ordine in cui *coloro che ànno ottenuto delle cessioni o rinuncie esercitano i dritti ipotecarii della moglie.*» Da ciò una doppia conseguenza.

Da un canto, ne risulta che tra'creditori surrogati e la moglie medesima, la surrogazione non à alcun bisogno di esser resa pubblica per produrre il suo effetto. Abbiamo fatto già osservare che, se la surrogazione fosse fatta con atto privato, contrariamente al testo della nuova legge, che non riconosce efficace la rinuncia rispetto a'terzi che quando risulta da un atto autentico,

(1) V. Troplong, (Della Trascrizione, n° 337), Lesenne, (n° 143), Rivière e Huguet (n° 405), Mourlon (Esam. crit., n° 336, alle note).

(2) V. Troplong (I. c., n° 3[illegible]).

non spetterebbe alla moglie di eccepire questa violazione della legge (v. *supra*, n., n. 467). È uopo dire altrettanto del manco di pubblicità, che non fosse opposto sol dai creditori, nel cui interesse è stata la pubblicità istituita.

Dall'altro canto, ne risulta correlativamente che, sebbene i creditori sieno oramai tenuti a rendere pubblica la surrogazione, la moglie resta pur sempre, in quanto la concerne personalmente, con le prerogative annesse dal Codice alla sua ipoteca legale: pertanto, in quanto ad essa, la sua ipoteca esiste sempre indipendentemente da ogni iscrizione, e quindi, quest'ipoteca, tuttochè non iscritta, potrà da lei opporsi a tutt'altri che a'creditori surrogati. P. es. Pietro è stato surrogato nella ipoteca legale di Eugenia, moglie di Giuseppe, e non han chiesto iscrizione a favor suo; i beni di Giuseppe son messi in distribuzione, e Paolo, suo creditore ipotecario, si presenta all'ordine. Potrà costui, sotto pretesto che Eugenia à ceduto a Pietro il suo dritto ipotecario, impedire che sia collocata a causa d'un'ipoteca che non è iscritta nè per suo conto, nè per conto del creditore che à surrogato? No, chè egli non à da eccepire una cessione che gli è estranea. Potrebbe ben eliminare il cessionario che viene a reclamare personalmente la sua collocazione, poichè costui à trascurato di dare la pubblicità alla cessione che poteva opporre, se non alla cedente, almeno a'terzi, solo a condizione di renderla pubblica. Ma non può nulla contro la cedente medesima, perchè la cessione non obbligava in alcun modo costei a prendere una iscrizione per la sua propria ipoteca, l'una delle cui prerogative è di esistere indipendentemente da ogni iscrizione (1).

799. La nostra seconda osservazione è che, in generale, l'iscrizione o la menzione fatta da un creditore surrogato in conformità della nuova legge profitta a colui che l'à fatta, e non profitta agli altri creditori. Pertanto, Eugenia consente più cessioni successive dell'ipoteca legale che à su Giuseppe suo marito, cioè: la prima a Pietro, il 1. marzo 1850; la seconda a Paolo, il 1. aprile seguente; la terza a Giovanni, il 1. maggio di poi; Pietro à trascurato di chiedere iscrizione a favor suo nella misura del suo credito; al contrario Paolo e Giovanni ànno presa cura di conservare il loro dritto. In questa situazione, Pietro non potrà profittare delle diligenze fatte da'due altri creditori surrogati, e sebbene la surrogazione che à ottenuta sia stata la prima per data, sarà pur sempre eliminato da'creditori surrogati dopo di lui. In effetti, un creditore non potrebbe prevalersi, pel suo proprio credito, della iscrizione presa da un altro creditore, quando i due crediti sono distinti e non esiste legame che ralleghi tra loro i dritti, in virtù de'quali i due creditori àn proceduto. In questo senso, la Corte di Parigi à detto con una esattezza perfetta, in un arresto recente che abbiamo già citato e di cui su di altri punti avremo a combattere la dottrina che la surrogazione di cui un creditore reclama gli effetti in virtù di una iscrizione distinta *crea in lui un dritto proprio e personale che esercita nel suo interesse e di cui niuno de'creditori potrebbe prevalersi nè profittare* (2).

800. Ma l'iscrizione presa da un creditore surrogato profitta forse, se non agli altri creditori, almeno alla moglie istessa? È appunto la quistione che abbiamo riserbata più innanzi (v. n. 779); essa si presentava prima della nuova legge nel solo caso in cui il dritto del creditore surrogato, come quello della moglie medesima, era tenuto a farsi conoscere, ossia quando le formalità della purgazione legale venivano a porre la moglie ed i suoi surrogati in mora di prendere iscrizione; con più ragione dovrà presentarsi oggi, che la pubblicità è divenuta una condizione necessaria per l'efficacia della surrogazione rispetto a'terzi.

Si può dire, in generale, che la iscrizione presa da un creditore surrogato non profitta alla moglie come non profitta agli altri creditori surrogati; ed è appunto ciò che decide la Corte di Colmar con un arresto che abbiamo già avuto l'occasione di citare (3): tuttavia questo non è assoluto; e la soluzione deve necessariamente variare secondo i termini in cui sarà stata fatta l'iscrizione.

Per esempio, il creditore chiede inscrizione a favore ed a nome della moglie; indi si limita ad aggiungere che è stato surrogato nella ipoteca legale fino a concorrenza dello ammontare del suo proprio credito: è chiaro, in questo caso, che il creditore agisce nella duplice qualità di avente dritto personale e di avente causa della moglie. L'iscrizione profitterà dunque a costei, perchè, nel fatto, l'iscrivente si è posto in una situazione simile anzichè no a quella di un

(1) Conf. Troplong (Della Trascrizione, n° 54 1).
(2) V. Parigi, 27 febbraio 1857 (Dev., 57, 2, 283).

(3) V. Colmar, 26 maggio 1857 (G. del P, 1857, pag. 476).

creditore della moglie senza dritto personale sulla iscrizione, ed il quale, non avendo altri dritti oltre quelli risultanti dagli art. 1166 e 2092 del Codice Napoleone, e 778 del Codice di procedura, non à potuto fare un atto utile per lui, con la iscrizione che à presa, se non conservando il dritto del suo debitore.

Ma lasciamo questa ipotesi eccezionale, e poniamoci nel caso che si presenta tutto giorno. Gli è un creditore il quale, surrogato nella ipoteca legale chiede in pari tempo e ad una volta, *a favor suo* o in suo *nome personale*, iscrizione dell'ipoteca convenzionale consentitagli dal marito, e dell'ipoteca legale della moglie in cui è stato surrogato fino a concorrenza dello ammontare del suo credito. Supponiamo anche delle situazioni meno chiare e meno precise; — per esempio, quella in cui il creditore, senza esprimere che agisce *a favor suo* o in suo *nome personale*, ma senza annunziare tampoco che agisce *a nome della moglie*, dice, dopo le enunciazioni relative alla sua ipoteca convenzionale, che chiede contro il marito l'iscrizione dell'ipoteca legale in cui è stato surrogato fino a concorrenza di. . . , ammontare del suo credito; — o ancora, quella in cui il creditore chiede, negli stessi termini, una iscrizione separata dell'ipoteca legale: — in tutte queste situazioni, diciamo che la iscrizione del creditore surrogato non deve profittare che a lui e non profitta punto alla moglie.

È qui il caso di ripetere, con lo arresto della Corte di Parigi di cui testè rammentavamo i termini, che la surrogazione di cui un creditore reclamava gli effetti in virtù d'una iscrizione distinta crea in lui un dritto proprio e personale che esercita nel suo interesse, e di cui niuno potrebbe prevalersi nè profittare. Ed invano si opporrebbe che questo precedente della Corte di Parigi non è applicabile, in quanto ricusa il benefizio della iscrizione presa da un creditore surrogato, non alla moglie medesima, ma agli altri creditori. Rispondiamo che la regola è assoluta: ciò che è vero sotto il rapporto che ci occupa, rispetto al creditore che cerca di trar vantaggio dalla iscrizione presa da un altro creditore, non è men vero rispetto alla moglie che vuol prevalersi delle diligenze fatte, per sè stesso e nel suo interesse proprio, da colui che ella à surrogato nella sua ipoteca legale. Indubitatamente, potrà accadere che la moglie profitti della iscrizione presa da quest'ultimo; per esempio, se rimborsa il creditore surrogato, sia coi suoi danari, sia sullo ammontare delle sue riprese. La Corte di Lione decide giustamente, in questo senso che il creditore il quale è stato collocato in un ordine per effetto della cessione fattagli dell'ipoteca legale della moglie del debitore, ed in tal modo pagato co'danari che questa ipoteca assicurava alla moglie, è reputato pagato da quest'ultima medesima, la quale è quindi legalmente surrogata ne' dritti del creditore pagato (1). Ma si vede che ciò si rallega ad un tutt'altro ordine di idee: gli è che allora la moglie non paga che come mallevadrice; che è surrogata alla medesima nei dritti del creditore pagato; e ciò non fa sì certo che in principio, il creditore che ha un dritto personale creato dalla moglie nella surrogazione da lei consentita, non abbia un interesse distinto e separato da quello della moglie, e pertanto che questa possa prevalersi, più che nol potesse un altro creditore, delle misure che à potuto prendere per far conoscere questo interesse e conservarlo. Ciò è divenuto d'una evidenza manifesta dopo la legge del 23 marzo 1855, la quale, obbligando il creditore surrogato a prendere una iscrizione *a favor suo* per assicurare il grado della sua surrogazione, à indicato perciò stesso, e nel modo più chiaro, che questa iscrizione à un effetto proprio allo iscrivente, completamente estraneo a'dritti della moglie e di cui ella non à da profittare personalmente.

801. Per un vero sbaglio e per una dimenticanza de'principii à la Corte di Amiens, con un arresto che abbiamo riportato altrove e di cui abbiamo valutata la dottrina (2), creduto poter validare un certificato di radiazione nel quale il conservatore, dopo di aver rifermata la rimozione della iscrizione presa da un creditore surrogato, sia in quanto concerne l'ipoteca convenzionale, sia relativamente all'ipoteca legale in cui il creditore era stato surrogato, *riservava espressamente gli effetti della iscrizione in favor della moglie*, e ciò ancorchè il creditore si fosse nella iscrizione che aveva presa come iscrivendo l'ipoteca legale della moglie soltanto nella misura del suo proprio credito, e la moglie non avesse figurato in alcun modo, nè attivamente nè tampoco passivamente, nel borderò esibito dal creditore (3).

(1) V. Lione 4 agosto 1853, ed 11 agosto 1855 (Dev., 55, 2, 50 e 687). — V. pure sopra, n. 765.
(2) Rivista critica (t. XI, pag. 22 e seg.)

(3) V. Amiens, 31 marzo 1857 (Riv. crit. XI, Dev., 57, 2, 33; G. del F., 1857, p. 193.)

V'à in ciò, ripetiamolo, una lesione evidente a' principii; ed i motivi allegati dalla Corte di Amiens sono ben impotenti a dissimularla.

Che dico in effetti la Corte? A bella prima prende per punto di partenza questa idea « che dall'aver il creditore surrogato chiesta *l'iscrizione dell'ipoteca legale della moglie*, non ne segue che avrebbe il dritto di rimuoverla », non essendo i due dritti di chiedere l'iscrizione e di rimuoverla correlativi, poichè la legge « dà a molti il dritto di chiedere l'iscrizione dell'ipoteca delle mogli, e non accorda ad alcuno di costoro il dritto di consentirne la rimozione. » Or, questo punto di partenza è completamente inesatto. Senza parlare dell'esagerazione che v'à nel dire che la legge dà *a molti* il dritto d'iscrivere l'ipoteca legale delle mogli (v.° *infra*, il nostro commentario degli articoli 2136 e seg.), può mai non arrecar meraviglia la idea supposta dallo arresto che il creditore surrogato, quando chiede l'iscrizione *a favor suo*, fa iscrivere l'ipoteca legale a favor della moglie? Ciò è assolutamente contrario alla verità de'fatti. L'ipoteca legale della moglie assicura a costei tutt' i dritti e crediti che può avere ad esercitare contro il marito. Si tratta forse di ciò pel creditore surrogato? Punto nè poco! Cessionario di una parte determinata da prendere nella totalità delle riprese della moglie, cessionario di queste riprese nella misura del suo proprio credito, conserva con la sua iscrizione queste riprese, qualunque ne sia la origine o la natura, ma soltanto fino a concorrenza della parte cedutaglieno. Ciò che iscrive è adunque il suo dritto personale, la surrogazione che à ottenuta. Ciò appunto, secondo noi, era perfettamente qualificato e formolato da quelle *menzioni di surrogaziona* di cui testè parlavamo (v.° *supra*, n.° 781 e seg.), da quelle menzioni a cui la pratica si era fermata e che sembra voglia abbandonare in presenza dello arresto del 4 febbraio 1856, con cui la Corte di cassazione li à sì male a proposito condannati. Queste menzioni precisavano chiaramente che il dritto iscritto era la surrogazione, ossia la porzione distaccata delle riprese a favor del creditore iscrivente; un dritto eventuale e condizionale, nel senso che allo stato di surrogazione, al momento in cui è richiesta la formalità, non deve rimaner nelle mani del creditore che quando sussistono le cause della surrogazione. Ma dall'esser la forma mutata, in quanto al presente, dall'esservi minor precisione in quella ostituita all'antica, non ne segue che vi sia ambiamento nel fondo delle cose; e dal chieder che fa oggi il creditore *iscriziona* in luogo di *menzione*, non ne segue che ciò che rende pubblico sia tutt' altro che il suo dritto proprio e personale. Pertanto, al suo punto di partenza ancora, lo arresto della Corte di Amiens s'inganna sulla situazione e disconosce la verità de'fatti. Come le deduzioni ulteriori dello arresto potrebbero mai non essere erronee?

Per esempio, la Corte di Amiens parla dello interesse che à la moglie a che la sua ipoteca legale una volta iscritta, continui la iscrizione a sussistere anche dopo che le cause che han determinato il creditore a renderla pubblica han cessato di esistere! Essa non avverte che prima di ogni alienazione degli immobili da parte del marito, questo interesso è assolutamente nullo, poichè, rispetto alla moglie almeno, l'ipoteca legale esiste indipendentemente da ogni iscrizione; e che dopo l'alienazione, l'interesse è assolutamente contrario, in quanto la purgazione legale non essendo necessaria tosto che l'ipoteca è iscritta, potrebbe accadere che questa ipoteca fosse purgata, senza che la moglie ne avesse saputo nulla, e che il suo dritto fosse venuto a porla in mora di averlo ad esercitare!

Per esempio ancora, lo arresto esprime che il fatto materiale della iscrizione basta per creare dei dritti in favore della moglie.» e poi dice « che non è l'iscrivente il quale domanda che si dia alla sua rimozione un effetto più esteso di quello che gli è dato il conservatore; che è il marito, incaricato dalla legge di render pubblica l'ipoteca legale della moglie, il quale domanda di fare sparire la pubblicità *data legalmente a questa ipoteca come conseguenza degli atti che à fatto sottoscrivere alla moglie*; e che una simile domanda è una infrazione troppo diretta alle obbligazioni imposte al marito dallo art. 2136 del Codice Napoleone perchè possa essere accolta da tribunali.» E la Corte non osserva che l'inesattezza qui è dappertutto, nella valutazione anche e nel motivo su cui questa valutazione è fondata.

Per la qual cosa, essa stima che il marito essendo incaricato dalla legge di dare la pubblicità all'ipoteca della moglie, non potrebbe appartenergli di domandare la radiazione che à resa pubblica l'ipoteca! Or il contrario precisamente è il vero. Indubitatamente, se fossimo in presenza di una iscrizione presa, sia dal marito medesimo, sia da un parente della moglie o del marito, o di una iscrizione chiesta dal procuratore imperiale (art. 2136, 2138, 2139), la decisione dello arresto sarebbe nel miglior modo fondata; ogni

domanda del marito tendente, non ad una riduzione d'ipoteca ne'termini dello art. 2144 (*supra*, n. 554 a seg.), ma alla radiazione pura o semplice della iscrizione, dovrebbe incontrastabilmente esser rigettata. Ma non è questo il nostro caso. Si tratta qui di una iscrizione la quale, ove se ne vogliano estendere gli effetti alla moglie, è stata presa senza dritto da una persona che non aveva qualità per prenderla o richiederla a nome della moglie. In questa situazione, il marito à certamente interesse e qualità per domandare che i tribunali gli vengano in aiuto e reprimano, pronunciando la radiazione, una usurpazione che viene a colpirlo nelle sue prerogative di marito (1). Ed invano gli si oppone la disposizione dello art. 2136 del Codice Napoleone. Se questo articolo incarica il marito a render pubblica la ipoteca da cui i suoi beni sono gravati a favore della moglie, l'obbligazione che impone non à sanzione nella legge; è un semplice precetto: il marito prenderà il debito tempo e consulterà le sue convenienze per sottomettervisi; non deve dar conto che a sè stesso della determinazione che prende a tal riguardo. I tribunali non debbon dunque intervenire; ed alla stessa guisa che non potrebbero esigere dal marito di prendere iscrizione nello interesse della moglie, similmente non possono ricusarsi ad udirla, nè respingere la sua azione quando viene a domandar la nullità e la radiazione d'una iscrizione presa contro di lui da terzi che non sieno quelli a cui la legge à dato missione di richederla (2)—Ecco la valutazione.

In quanto a'motivi su'quali la valutazione sembra fondata, sono egualmente contestabili. La Corte di Amiens dichiara l'azione del marito non ammessibile o mal fondata, massime in quanto à per oggetto di fare sparire la pubblicità data all'*ipoteca come conseguenza degli atti che à fatto sottoscrivere alla moglie*. Il che mena a dire, se non c'inganniamo sulla estensione di questa formola troppo concisa forse, che l'ipoteca garentisce precisamente l'indennità risultante, a favore della moglie, dall'obbligazione solidale che à contratta col marito, e che questa indennità, definitivamente assicurata se la iscrizione del creditore surrogato profitta alla moglie, è al contrario compromessa, se questa iscrizione è completamente radiata. Ma, ci sia permesso dirlo, la Corte s'inganna ad un tempo e sulla natura del dritto e sulle eventualità che possono intervenire negli interessi della moglie.

Indubitatamente, costei à un'indennità garentita dall'ipoteca legale a causa dell'obbligazione solidale che il marito le à fatto consentire. Tuttavia, il suo dritto a tal riguardo, sebbene rimonti al dì stesso dell'obbligazione, non si effettua che quando viene a pagare pel marito; è dunque eventuale finchè il creditore non è rimborsato. In questa posizione, si spetta alla moglie di conservare questa eventualità con una iscrizione presa in suo nome ed a favor suo; lo può incontrastabilmente, se gindica a proposito di farlo: ma l'iscrizione che prende il creditore non à, non può avere questo effetto chè il creditore non è il *negotiorum-gestor* della moglie; e quando s'iscrive per la conservazione del suo dritto personale, ciò che al certo lo preoccupa il meno, sono gli interessi rispettivi del marito e della moglie ed il regresso che la legge dà a costei contro l'altro. La moglie à saputo, quando conferiva un dritto personale al creditore, che gli accordava per ciò stesso la facoltà di disporre di questo dritto a suo talento; doveva esser sua cura, se temeva che lo esercizio di questa facoltà volgesse contro di lei, di conservare, dal canto suo, il suo dritto proprio e particolare.

D'altronde, quando si scende nel merito della cose si vede che di rado il regresso della moglie si troverà compromesso. Ciò non potrebbe in effetti accadere che nel caso in cui il creditore veniase a rimuovere la sua iscrizione senza essere soddisfatto. Ma siccome il creditore, in questo caso, esporrebbe il suo proprio dritto personale e lo porrebbe in pericolo, il fatto non potrebbe prodursi che per eccezione. Abitualmente e per così dire sempre, l'iscrizione è conservata fino al dì del pagamento. Ed allora, l'una delle due: o il creditore è pagato dal marito o dalla comunione; ed in questo caso la moglie non à indennità da pretendere, nè per la stessa ragione ipoteca; o il creditore è pagato sia co'danari, sia con le riprese della moglie, ed allora la moglie, surrogata, secondo la giurisprudenza, ne'diritti del creditore (3), trova la garenzia del suo regresso contro il marito nella iscrizione presa da quest'ultimo.

(1) V. in questo senso, un arresto dal quale risulta che basta che una iscrizione sia stata illegalmente presa perchè il debitore abbia il dritto di domandarne la rimozione senza attendere le procedure. Corte di cassazione 21 apr. 1856 (G del F., 1856, t.II, p.181).

(2) Sic. un arresto reso dalla Corte di cassazione nello interesse della legge (12 febb. 1811) e le conclusioni del Merlin Rep., v° Trascrizione. § 5, n° 5).

(3) V. Gli arresti della Corte di Lione, del 4 agosto 1853 a 11 agosto 1855,

Per la qual cosa, sotto tutt'i ponti di vista, nel suo principio come ne'suoi motivi, lo arresto della Corte di Amiens, ripetiamolo, si discosta assolutamente dalla verità giuridica: a torto evidentemente à questo arresto riconosciuto nel conservatore delle ipoteche il dritto di riservare a favor della moglie lo effetto di una iscrizione presa per lui e nel suo interesse dal creditore a cui ella aveva ceduto le sue riprese con sorrogazione nella ipoteca legale. Questo dritto avrebbe potuto attribuirglisi, se vi fosse stata nella iscrizione una menzione, un indizio qualunque, di natura da far supporre che il creditore, richiedendola, aveva agito nella duplice qualità di avente dritto personale e di avente causa della moglie, perchè allora la iscrizione, come abbiamo poc'anzi indicato (v.°n.°800), sebbene sia presa dal creditore, è un atto essenzialmente conservatorio del dritto della moglie, e non diviene neppure un atto utile per lui che a questo solo titolo. Ma non vi era nulla di ciò. Il creditore, nella specie, aveva un dritto personale; tutto nella iscrizione da lui presa indicava eho aveva voluto conservare questo dritto, indipendentemente da quello della moglie che non aveva alcun interesse da tutelare; la riserva fatta dal conservatore, e che la Corte à validata, era dunque una violazione manifesta della regola generale che abbiamo scritta in cima della nostra dimostrazione, e che sarà la nostra conclusione, cioè: che la surrogazione di cui un creditore reclama gli effetti in virtù d'una iscrizione distinta crea in lui un dritto proprio e personale che esercita nel suo interesse e di cui niun altro, nè gli altri creditori surrogati, nè la moglie medesima potrebbero prevalersi o profittare.

XI. — 802. Abbiamo veduto in che consiste l'eccezione consacrata dal nostro articolo, in favore del minore, dello interdetto e della donna maritata, al principio che l'ipoteca non esiste utilmente che con la iscrizione e non à grado, tra creditori, che alla data della iscrizione. Ci rimane a dire, per completare il comentario di questo articolo, in qual misura l'eccezione profitta a coloro in favore de' quali è stabilita. Rinverremo qui un'altra disposizione della legge del 23 marzo 1855: è quella dello art. 8, che à effettuata l'una delle misure con cui conveniva modificare, come abbiamo detto al numero 739, la teoria dell'ipoteca legale come s'era stabilita sotto il Codice Napoleone.

La quistione che si pone è di sapere se l'eccezione consacrata dalla legge sopravvive alla sua causa, ossia se sussiste ancora quando è cessato lo stato di subordinazione o di incapacità nel quale l'ipoteca legale ed i suoi attributi àn la loro ragione di essere. In altri termini, si domanda se questa ipoteca continua a godere delle sue prerogative, sia in favor della moglie anche quando è restituita nella sua indipendenza con lo scioglimento del matrimonio, sia in favore del minore o dello interdetto anche quando la cessione della tutela l'à messo o costituito nel pieno esercizio della sua capacità civile. La quistione à potuto poggiare sulle prerogative notevoli di cui gode l'ipoteca legale della moglie, del minore, dello interdetto, la generalità e la dispensa d'iscrizione; ma è ben lungi che abbia presentata la stessa difficoltà sui due punti.

803. Pertanto, che anche dopo la fine del matrimonio o della tutela, l'ipoteca debba conservare ancora il benefizio della generalità che ne è la condizione istessa, salvo i casi di riduzione regolati dagli articoli 2140 a 2145 (*supra*, numeri 542 e seg.), è di ogni evidenza. In effetti, durante il tempo del matrimonio o della tutela, il pupillo e la moglie non ànno, generalmente almeno, nulla da domandare; la ipoteca è, nelle loro mani, un dritto presso a poco inerte, il quale veglia indubitatamente per essi, ma che non à, in quanto al presente, a porsi in movimento. Particolarmente quando il matrimonio è sciolto o quando la tutela è finita possono, la moglie, il minore, lo interdetto, almeno ne' casi ordininarii e più frequenti, reclamare ciò che ànno da pretendere contro il marito o il tutore; allora dunque sopratutto importa ad essi di avere la loro ipoteca con tutta la sua estensione ed in tutte le sue condizioni di efficacia. E certo la legge, la quale dando eccezionalmente a questa ipoteca il vantaggio della generalità à avuto in mira di assicurare sempre più il ricupero de'crediti che protegge, si sarebbe mostrata imprevegente e ben poco conseguente con sè istessa se avesse inteso che questo vantaggio, acquisito al creditore quando non à nulla o presso a poco nulla a farne, gli fosse tolto precisamente nel momento in cui trovasse ad utilizzarlo. Al certo, il favore della legge non poteva essere a tal punto illusorio: il senso intimo dice che la generalità sussiste e si mantiene per quanto l'ipoteca si mantiene e sussiste essa medesima. Ciò non à mai mosso difficoltà (v. *supra*, n.° 509).

804. Ma la quistione muoveva, al contrario, le più serie difficoltà quando si poneva a proposito della prerogativa risultante dal nostro art. 2135, con cui è proclamata l'esistenza della ipoteca indipedentemente da ogni iscrizione. Questa ipoteca, a cui la legge per-

mette di rimanere occulta durante il matrimonio o la tutela, e la quale sebbene non iscritta non lascia di avere il suo grado e la sua data, potrà mai rimanere occulta indefinitamente dopo la fine del matrimonio o della tutela, ed aver tuttavia la sua data ed il suo grado alle epoche diverse dal nostro articolo determinate? Oggi non è più una quistione chè la legge del 23 marzo 1855, ritornando a'dati di questo celebre editto del 1673 che abbiamo già mostrato precedere su tanti punti le idee della sua epoca, à equamente conciliata la protezione dovuta agli incapaci co' bisogni della pubblicità. Ma prima della nuova legge, la quistione era delle più gravi, ed aveva dato luogo ad una giurisprudenza che importa, se non approfondire e discutere, almeno rammentare, fosse pure a titolo di preliminare alle osservazioni sulla nuova disposizione con cui questo punto di dritto è oramai risoluto

805. Nei primi anni che seguirono la pubblicazione del Codice Napoleone, si volle supplire al silenzio di questo Codice, sul punto che ci occupa, rallegandosi a talune disposizioni che la legge degli 11 brumaio anno 7, appena allora abrogata, aveva tolte di peso allo editto del 1673. Per la qual cosa, facendo piegare il principio della pubblicità a favore degli incapaci, Colbert aveva sentito che questo favore doveva esser limitato, e che quando era decorso un certo tempo dopo che gl'incapaci erano stati messi in posizione da proteggersi da sè stessi, faceva d' uopo sottoporli a questa regola della pubblicità che lo editto proponevasi di generalizzare. In questo pensiere, lo editto esprimeva, in quanto a'minori che sarebber tenuti, nell' anno che seguirebbe la loro maggiorelà, a formare la loro opposizione su'beni de'loro tutori e di farla registrare, senza di che cesserebbero di aver grado dal dì della tutela; ed in quanto alle mogli, che avrebbero pur queste formalità da adempiere, sotto la medesima sanzione, cioè: le mogli separate, entro i quattro mesi dall'azione della sentenza di separazione; e le mogli divenute vedove, entro l'anno che seguirebbe la morte de'loro mariti (art. 60 a 64). La legge degli 11 brumaio anno 7 s'era indi ispirata di queste disposizioni, ed appropriandole al suo sistema il quale, si è poc'anzi veduto, sottomette tutte le ipoteche, ed anche le ipoteche legali, alla necessità dell'iscrizione, aveva detto, col suo art. 23, che « lo effetto delle iscrizioni sussisterebbe, cioè; su'contabili denominati nello art. 21 (fra'quali figurano i tutori ed i curatori)..... *fino all' acclaramento definitivo del conto e sei mesi al dilà*; e, su'coniugi, per tutt' i loro dritti e convenzioni di matrimonio, sia determinati, sia eventuali, *durante tutto il tempo del matrimonio ed un anno dopo.*»

Sull'autorità di questi precedenti, e sebbene niuna disposizione del Codice Napoleone li avesse espressamente confermati, taluni tribunali, in origine, vedendo nella iscrizione un atto puramente conservatorio, pensarono che la legge aveva ben potuto dispensare la moglie, il minore, lo interdetto, dalla cura di *conservare* la loro ipoteca, mentre che ne erano impediti, ma che quando gli ostacoli eran rimossi dallo effetto dello scioglimento del matrimonio o della cessazione della tutela, non v'era più ragione perchè la legge liberasse coloro che avera potuto e dovuto proteggere fino allora, dalle obbligazioni imposte a tutt'i creditori ipotecarii al punto di vista della conservazione del loro dritti (1). E poi, come non v'era testo nel Codice che fissasse il termine nel quale l'iscrizione dovrebbe prendersi dalla moglie divenuta vedova, dal minore divenuto maggiore, dallo interdetto legalmente rimosso dalla interdizione, o da'loro eredi, vi si suppliva dicendo che la formalità sarebbe adempita al più tardi entro il termine in cui le iscrizioni debbon rinnovarsi, ossia entro dieci anni (art. 2154) a far tempo dallo scioglimento del matrimonio o dalla cessazione della tutela, se gl' immobili fossero continuati a rimanere nelle mani del marito, del tutore o de'loro eredi; o entro il termine e le forme prescritte per tutt'i creditori ipotecarii indistintamente, se lo immobile soggetto all'ipoteca legale fosse stato alienato dopo lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela.

Ma, è uopo dirlo, il sistema era puramente arbitrario. Tosto che ammettevasi che il dritto risultante dall'ipoteca risiedeva, fosse pur per un istante, nella sua integralità, sul capo della moglie divenuta vedova, del minore divenuto maggiore, dello interdetto rimosso dalla interdizione (e ciò erasi ben astretti ad ammettere, poichè altrimenti il dritto sarebbe stato completamente illusorio), era ben mestieri riconoscere ancora che questo dritto non poteva essere annullato o modificato che da una disposizione espressa della legge. Or, questa disposizione, per giusta, per conforme che fosse al principio della pubblicità, non si trovava tuttavia nel Codice. Il sistema che aveva tentato di supplirvela non poteva dunque prevalere.

Laonde era generalmente respinto. Fu in prima virtualmente condannato dal consiglio di Stato in avvisi in cui la difficoltà è risoluta se non direttamente, almeno ne' termini me.

(1) V. Nimes, 28 marzo 1806, e Agen 8 maggio 1810.

no equivoci. Questi *Avvisi*, nel numero di tre, han riguardo: il primo, alla quistione di sapere se le iscrizioni prese di ufizio e quelle de' minori, delle mogli e del pubblico tesoro debbono esser rinnovate prima dello spirar del termine di dieci anni fissato dallo art. 2154; i due altri, alle difficoltà che si elevano sul modo di purgare le ipoteche. Nel primo, che è del 13 dec. 1807, ed è stato inserito nel *Bullettino delle leggi* il 22 gen. 1808, il Consiglio di Stato paragona lo art. 2134 del nostro Codice con lo art. 23 della legge di brumaio; fa osservare che se i due articoli si accordano, in quanto entrambi fermano la regola del rinnovamento della iscrizione, differiscono in quanto quello della legge di brumaio fa una eccezione, che non è riprodotta nello articolo del Codice, in favore delle iscrizioni prese su'beni de'coniugi, le quali dovevan durare per tutto il tempo del matrimonio *ed un anno dopo*; e poi spiegando questa differenza, il Consiglio di Stato decide che *non per obblio, ma con riflessione* non riproduce il Codice la eccezione: che è questa una conseguenza de'nuovi principi i quali, non obbligando la moglie ad una iscrizione per lo stabilimento della sua ipoteca, non potrebbero comportare la necessità d'una iscrizione per la conservazione di questa ipoteca. Nel secondo Avviso, che porta la data del 9 maggio 1807 ed è stato approvato il 1° giugno seguente, il consiglio di Stato esprime che quando, vuoi la moglie, o *coloro che la rappresentano*, vuoi e il tutore surrogato, non saranno noti dallo acquirente, sarà necessario e basterà, per sostituire la notificazione che deve lor farsi, s' termini dello art. 2194, che lo acquirente dichiari, nella notificazione a farsi al procuratore imperiale, che farà pubblicare la suddetta notificazione per la via de'giornali del dipartimento, se ve ne sono. Viene infine lo avviso del 3 maggio 1812, approvato gli 8 dello stesso mese: questo è più esplicito e più completo in quanto vi si tratta dell'ipoteca legale del minore come di quella della moglie; ed il consiglio di Stato esprime chiaramente che « il modo di purgare le ipoteche legali delle mogli e de'minori, stabilito tanto dal Codice Napoleone quanto dal precedente Avviso, è applicabile *alle donne vedove ed a'minori divenuti maggiori*, nè più nè meno che allora eredi o altri rappresentanti; e che non v'à necessità di fissare un termine particolare *alle mogli dopo la morte dei loro mariti, ed a'minori divenuti maggiori o ai loro rappresentanti, per prendere iscrizione.* »

E la giurisprudenza, autorizzandosi di queste decisioni, à riconosciuto alla sua volta che l'ipoteca legale della moglie, del minore, dello interdetto, si conserva nella sua integrità dopo lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, e che fino a che lo immobile che ne è colpito rimane nelle mani del debitore della dote o del conto di tutela, la moglie divenuta vedova ed il pupillo divenuto maggiore o rimosso dalla interdizione vi possono esercitare il dritto risultante dalla loro ipoteca; nel grado che loro assegna il nostro art. 2135, in preferenza delle iscrizioni intermedie di ogni altro creditore (1). Come temperamento erasi talvolta deciso, rispetto al minore, che la sua ipoteca si trova estinta con lo spirar del termine di dieci anni decorsi dalla sua maggiorità, senza che niuna iscrizione siasi presa (2). Ma erasi in pari tempo giudicato che, quando la durata dell' azione del minore si prolungava al di là del termine ordinario di dieci anni, come nel caso in cui quest' azione tendeva al raddrizzamento del conto per omissione dolosa, l'ipoteca legale, che ne era il correlativo, doveva conservarsi durante lo stesso tempo, salvo che fosse stata purgata o che il minore ne avesse data rimozione (3); ed ancora che l'ipoteca, fosse pur totalmente estinta per lo effetto della reddizione del conto di tutela, seguita dal pagamento della resta, rinasceva alla data dell' accettazione della tutela e precedeva tutte le ipoteche consentite dal tutore a favore di altri creditori, anche dopo il conto di tutela, se accadeva che questo conto venisse ad essere redatto in seguito di errori o di omissioni, d'onde risultava in deffinitiva una resta di conto a carico del tutore (4).

(1) V. Torino, 10 gennaio 1812; Montpellier. 1. febbraio 1828 e 24 febbraio 1829; Bordeaux. 24 giugno 1834; Parigi 16 marzo 1839 (Dev., 37, 2, 38; Dall., 39, 2. 115).

(2) V. Parigi, 17 giugno 1837. e Grenoble. 30 giugno 1838 (Dev., 38, 2, 161 e 39, 2, 106; Dall, 39, 2, 78).

(3) Tolosa, 18 luglio 1833 e 7 marzo 1835· Ric., 25 dec. 1836 (Dall., 39. 2, 253; 56. 2. 110; 57 1 205).

(4) V. Cass., 21 febbraio 1838; Orleans, 12 gennaio 1839, Cass. 18 agosto 1840 (Dev. 38, 1, 193; 39. 2. 316, 40. 1. 995. G. del F., 1838. 8. 1. p. 259, 1839. t. 1. p. 247. 38, 1, 97, 39, 2. 95; 40, 1. 315). V. pure Demolombe (t. VIII. n° 143 e seg.) — È stato anzi deciso. nel senso di questa giurisprudenza, che la restrizione consentita da un pupillo divenuto maggiore, della sua ipoteca legale a certi immobili del tutore a causa della resta del conto di tutela onde costui è rimasto debitore, non potrebbe opporsi al pupillo dagli altri creditori del tutore, nel caso in cui questa

Tali erano i dati della giurisprudenza i quali, in mancanza di disposizioni che fissino un termine qualunque nel quale la moglie, il minore e lo interdetto fosser tenuti a fare iscrivere il loro credito su' beni del marito o del tutore, erano di una esattezza perfetta sotto lo impero del Codice Napoleone.

806. Ma, evidentemente, vi era nel Codice una vera esagerazione della protezione dovuta alla moglie, al minore, allo interdetto; la legge menava in tal modo, con le sue lacune, col suo silenzio involontario o calcolato, a tenere per *perpetua* una eccezione la quale, avendo la sua causa in una situazione essenzialmente temporanea, doveva esser *temporanea* essa medesima come questa situazione. Si è ciò che lo editto del 1673 aveva a meraviglia compreso, ed aveva effettuato questo pensiere nelle disposizioni di sopra analizzate e che la legge dell'anno VII si era felicemente appropriate. Ciò che al certo v'era di meglio a fare, era di ritornare a questi precedenti legislativi; così pensavasi nel 1851, nell'Assemblea legislativa, quando i progetti di riforma ipotecaria vi erano discussi (1); così han pensato, alla loro volta, i redattori della legge del 23 marzo 1855, i quali, avvalendosi della redazione presso a poco letterale di questi progetti del 1851, han disposto, con lo articolo 8, che « se la vedova, il minore divenuto maggiore, lo interdetto rimosso dalla interdizione, i loro eredi o aventi causa, non han preso iscrizione nell'anno che segue lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, la loro ipoteca non data, rispetto a'terzi, che dal dì delle iscrizioni ulteriormente prese. » I redattori della legge sono andati più oltre: non solo han regolato lo avvenire, ma eziandio, rimontando al passato ed impossessandosi de'fatti compiuti al momento in cui la legge diveniva esecutoria, li han sottomessi alla stessa regola; si è ciò che risulta dallo art. 11, § 5, ai termini del quale, « l'iscrizione richiesta dallo art. 8 dev'esser presa nell'anno a far tempo dal dì in cui la legge è esecutoria; mancando la iscrizione in questo termine, l'ipoteca legale non prende grado che dal dì in cui è ulteriormente iscritta. »

Sono le disposizioni che dobbiamo ora commentare per completare le nostre osservazioni sul nostro art. 2135. Vediamo dunque in quali casi, in quale misura e sotto quale sanzione queste nuove disposizioni modificano quelle del Codice e limitano il favore che il nostro articolo accorda alla moglie, al minore ed allo interdetto.

807. Quando si è penetrati dello scopo che si propone la nuova legge, si giunge facilmente a precisarne il valore. La legge vuol troncare gli abusi ed i pericoli dello antico stato di cose. Or, questi pericoli e questi abusi risultavano, non dalla dispensa d'iscrizione di cui gode l'ipoteca legale della moglie, del minore o dello interdetto, ma dal sopravvivere che fa questa dispensa alle cause in veduta delle quali è accordata; adunque, quando queste cause saran terminate, le disposizioni eccezionali del Codice, al punto di vista della pubblicità, cesseranno di avere il loro effetto. L'oratore del governo à chiaramente espressa questa idea, nella esposizione de'motivi della legge, quando, à detto: « L'esistenza dell'ipoteca legale, indipendentemente da ogni iscrizione, à mosso interminabili discussioni; non vogliamo dare neppure il più lieve pretesto di rimuoverle. Questo gran favore sarà mantenuto, *finchè sarà mantenuta la sua ragione di essere*; sempreche la moglie sta sotto la dipendenza del marito, il cui interesse è contrario al suo; finchè il minore è sotto l'autorità di un tutore disposto a difendersi contro ogni iscrizione, se fosse necessaria, la legge supplisce, con una protezione forse esorbitante, alla resistenza del marito o del tutore. *Ma, quando la capacità di azione sarà restituita ad entrambi, il bisogno della pubblicità riprenderà tutti suoi dritti: e non può più esser quistione se non di accordare un termine per adempiere la formalità prescritta dalla legge comune.* »

Tuttavia la legge non procede, come si è potuto convincersene, per via di disposizione imperativa; non dice nè nello art. 8 nè nello

restrizione viene ad essere rivocata giudiziarlamente per effetto della scoverta di dissimulazioni commesse dal tutore nel suo conto di tutela. Douai, 22 aprile 1857 (Dev., 57, 2, 746).—V. intanto Limoges, 9 marzo 1850; Montpellier, 17 decembre 1851 (Dev. 55, 2, 300; 52, 2, 664). Arrogi Amiens, 22 agosto 1834, arresto annullato da quello del 21 febbraio 1838 di sopracitato.

(1) I progetti di riforma preparati allora contenevano una disposizione che seguiva quella in cui era proclamata l'esistenza dell'ipoteca legale indipendentemente da ogni iscrizione a favore dei minori ed interdetti e delle mogli, e con cui erasi detto che, « qualora gli aventi dritto o i loro rappresentanti non abbian presa iscrizione entro l'anno che seguirà lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, le ipoteche legali enunciate nello articolo precedente non produrranno effetto che alla data delle iscrizioni ulteriormente prese. » (V. lo articolo 2131 del progetto ammesso nella seconda deliberazione e lo articolo 2128 del progetto preparato per la terza.)

art. 11, § 5, che gli incapaci di cui parla saran tenuti ad iscrivere, entro il termine fissato, l'ipoteca che tengono dalla legge; dispone nella previsione del caso in cui la *vedova*, il minore *divenuto maggiore*, lo interdetto *rimosso dalla interdizione*, i loro eredi o aventi causa, non avesser presa iscrizione entro questo termine. Da ciò emergono de'dubbi che importa chiarire.

808. In quanto alla moglie, in prima, v'à un punto che è fuori ogni controversia; gli è che, per lei l'obbligazione d'iscrivere non può nascere che quando il matrimonio è sciolto. In effetti lo art 8. parla in primo luogo della *vedova*; parla indi *dello scioglimento del matrimonio*: gli è dunque a dire che, fino a quando il matrimonio sussiste, l'ipoteca della moglie è governata dalle disposizioni del Codice Napoleone e rimane dispensata d'iscrizione. In ciò, la legge del 1855 non à riprodotto completamente lo editto del 1673, il quale imponeva, non solo alla *vedova*, ma alla moglie *separata di beni* ancora, l'obbligazione di formare la opposizione su'beni del marito, e di farla registrare entro un termine prefisso (v. *supra*, n. 805). D'altronde, non senza una intenzione si è la nuova legge spinta tant'oltre. L'attenzione del legislatore è stata volta sulla estensione consacrata dallo editto del 1675, ed è stato proposto di rinnovarla. Ma si è considerato che, se la separazione restituisce alla moglie un dritto di amministrazione più o meno esteso, non distrugge assolutamente l'influenza maritale e non dà alla moglie un' indipendenza tale da esserle bastevole a vegliare da sè stessa alla conservazione de'suoi dritti (1). Allo scioglimento dunque del matrimonio soltanto cessa la moglie di esser dispensata dal render pubblica l'ipoteca che à su'beni dal marito, poichè le cause in veduta delle quali la dispensa da iscrizione è stata stabilita dal Codice Napoleone sussistono fino allora, anche nel caso di separazione.

809. Ma il matrimonio può sciogliersi con la morte della moglie medesima. L'obbligazione d'iscrivere esisterà essa pe'suoi eredi? Questo caso non è letteralmente preveduto nello art. 8 della legge. Questo articolo parla della **vedova** e de' suoi eredi o aventi causa; non dice nulla degli eredi della *donna* **maritata**. Ma lo spirito della legge deve qui venire in aiuto alla sua lettera. In definitiva, che vuole il legislatore? Limitare in un giusto cerchio il favore di cui gode l'ipoteca legale, e rientrare nella regola comune della pubblicità tosto che cessa lo stato di subordinazione o d'incapacità che han dovuto far piegare la regola. Secondo ciò, converrà dire senza esitare che, se gli eredi della moglie la cui morte opera lo scioglimento del matrimonio sono maggiori, dovran render pubblica, ne'termini dello art. 8 della legge, l'ipoteca che trovano nella successione come garenzia de'dritti di quella che rappresentano. Non sono essi, rispetto al debitore della dote o delle riprese, nello stato di dipendenza che à motivata la dispensa d'iscrizione; e non si può trovare alcuna difficoltà nello assimilarli agli eredi della *vedova*, che lo art. 8 della nuova legge obbliga formalmente a prendere iscrizione.

Che se gli eredi della moglie sono in istato di minorità allo scioglimento del matrimonio, la soluzione potrà non esser la stessa. È uopo distinguere, in effetti, il caso in cui i minori fosser posti sotto una tutela indipendente dal marito superstite, ed il caso più frequente in cui questi minori fossero i figli del matrimonio e sotto la potestà e la tutela legale del loro padre.

Nel primo caso, non troviamo neppur lo stato di dipendenza suscettivo di motivare una eccezione al principio della pubblicità; il minore è, a dir vero, sotto l'autorità di un tutore, ma questo tutore non è il debitore della dote o delle riprese della moglie; non è, per servirci delle parole dell'oratore del governo nella esposizione dei motivi, « il tutore sempre disposto a difendersi contro ogni iscrizione, se fosse necessario: » la legge non à dunque a supplire qui ad alcuna resistenza, il tutore sarà tenuto ad agire ne'termini dello art. 8 della nuova legge, ed a prendere iscrizione a nome del pupillo, le cui garenzie saran tutte nella responsabilità di questo tutore.

Ma nel secondo caso, ossia se i minori sono i figli nati dal matrimonio, i figli posti sotto la tutela legale e la potestà del loro padre, la è ben diversamente. Qui vediamo succedere allo stato di dipendenza in cui era la madre rispetto al debitore della dote lo stato d'incapacità di coloro che oramai sono i creditori di questa medesima dote: la protezione della legge continua dunque ad essere necessaria, e l'ipoteca dovrà sussistere indipendentemente da ogni iscrizione, finchè quest' incapacità sussisterà ancora. Si domanderà soltanto se questa ipoteca che garentisce il ricupero della dote o delle riprese della mo-

(1) V. Troplong (Della Trascrizione, n. 318), Grosse (Commentario della legge del 23 marzo 1855, n. 248) Rivière e Francois (n. 125), Lesenne, (n. 137), Lemarcis (p. 39, n. 3), Duersuel (p. 34),

glie continuerà ad avere il grado e la data, che aveva nelle mani della madre o se daterà oramai dal dì dell'apertura della tutela, ossia dallo scioglimento del matrimonio. A parer nostro, avrà sempre la sua prima data perchè l'ipoteca la quale appartiene a'minori a questo titolo è la continuazione di quella che aveva la madre loro, e che non partecipando per nulla di quella che nasce nel fatto della tutela, non à alcun motivo di prendere la sua data al dì in cui la tutela è cominciata.

Tuttavia, sarebbe utile di evitare che questa quistione venisse a muoversi, e che la pratica introducesse l'uso di far prendere l'ipoteca della moglie dal tutore surrogato dei figli, incaricato dalla legge di far per essi tutti gli atti in cui i loro interessi sono opposti a quello del tutore.

810. Infine, la moglie può aver ceduto ai suoi creditori e a quelli del marito i dritti risultanti dalla sua ipoteca. Qual è allora il dovere de'creditori surrogati? In questo caso, il creditore non è il semplice *avente causa* di cui parla lo art. 8; è pure un *avente dritto personale*, come abbiamo fatto vedere in diverse riprese (v. *supra*, n. 472 e seg., 787 ed 800); è *investito personalmente* de' dritti della moglie, o della porzione de' dritti ceduti gli da costei: laonde la legge à creduto doverseue occupare in una disposizione speciale, quella dello art. 9, di cui abbiamo presentato il commentario ne'numeri che precedono (v. n. 778 e seg.), e gl'impone con quest'articolo la necessità dell'iscrizione, la quale sola gli permette di eccepire il suo dritto e di farlo valere rispetto a'terzi. Il dovere del creditore sarà dunque di iscriversi. Ma quando e sotto quale sanzione? Ciò appunto vedremo occupandoci del termine fissato dalla legge (v. *infra*, n. 837).

811. La disposizione dello art. 8 è più precisa in quanto concerne lo interdetto. Con la rimozione della interdizione, l' interdetto ricupera questa *capacità di azione* di cui parla l' oratore del governo nella sua esposizione dei motivi. Adunque, se lo interdetto viene ad esser rimosso dalla interdizione, allora appunto si arresta il favore consacrato dal nostro articolo 2135 del Codice Napoleone, e nasce l'obbligazione d'iscrivere, imposta dalla legge modificativa. Ed è in effetti ciò che si induce da'termini stessi dello art. 8 di quest'ultima legge. E ciò per lo interdetto medesimo.

Ma supponiamo che la tutela sotto cui era posto cessi con la sua morte, ovvero che la sua morte sopraggiunga quando era egli stesso rimosso dalla interdizione, ma prima dello spirar del termine che gli à lasciato la legge per dare la pubblicità alla sua ipoteca, che converrà decidere? L'obbligazione d'iscrivere passerà incontestabilmente agli eredi in ambo i casi: nel primo, perchè non sono, rispetto al debitore del conto di tutela, nello stato che aveva motivata la dispensa d' iscrizione nella persona del loro autore, e maggiori o minori, possono agire sia da loro stessi, sia per mezzo de'loro rappresentanti legali; nel secondo, perchè continuano il loro autore, il quale, essendo rimosso dalla interdizione al momento della sua morte, avrebbe dovuto egli stesso provvedere alla pubblicità della sua ipoteca ne'termini della nuova legge.

812. In ultimo luogo viene il minore, e rispetto a lui, la legge adopera delle espressioni che non han tutte lo stesso valore. Per la qual cosa, parla in prima del *minore divenuto maggiore*, con cui sembra limitare l'obbligazione che impone, e non far cessare la dispensa d' iscrizione che nel caso in cui la tutela termina col raggiungimento del pupillo alla maggiorità. Ma parla indi della *cessazione della tutela*, con cui sembra generalizzare la sua disposizione e prescrivere la pubblicità in tutt'i casi di cessazione di tutela, e quindi, quando la tutela è terminata non solo con la maggiorità del pupillo, ma eziandio con la morte del tutore, o con quella del pupillo, e con la emancipazione di quest'ultimo. A quale delle due induzioni è uopo dunque arrestarsi? A parer nostro, non bisogna arrestarsi in un modo assoluto nè all'una nè all'altra: le varie espressioni di cui si serve il legislatore ànno rispettivamente la loro forza ed il loro valore; è uopo tenerne conto e pronunciarsi secondo le ipotesi.

813. Pertanto, se la tutela termina con la maggiorità del pupillo, v'à più causa alla protezione della legge; il pupillo entra nello esercizio della sua capacità civile, acquista la capacità di azione e deve provvedere alla conservazione del suo dritto ipotecario, il quale oramai non avrà efficacia che mercè una iscrizione presa ne'termini detto art. 8 della nuova legge: ciò è evidente, poichè è appunto il caso preveduto ed additato da questo articolo.

814. Se la tutela termina sia con la morte del tutore prima della maggiorità del pupillo, sia con l' emancipazione di quest' ultimo, diremmo, al contrario, che il favore della legge generale la quale proclama la esistenza dell' ipoteca indipendentemente da ogni iscrizione debba sussistere, perchè ri-

mane, in ambo i casi, un incapace da proteggersi (1).

Si può obbiettare, è vero, che ciò sarebbe utile se occorresse qui considerare lo incapace rispetto al nuovo rappresentante datogli per sostituire quello il cui mandato legale è finito; ma qui non si tratta di ciò; che ciò che è in quistione, è la conservazione della ipoteca la quale affetta, per conto del minore, i beni di quest'ultimo mandatario; e che il minore emancipato e quello il cui tutore è morto avendo, per vegliare alla conservazione di questa ipoteca, sia un curatore, sia un nuovo tutore, a questo nuovo tutore o a questo curatore si appartiene di agire e di chiedere la iscrizione su' beni di quello la cui amministrazione è cessata (2).

Tuttavia, l'obbiezione non ci riguarderebbe. Per principio, il Codice fa dell'ipoteca legale che à la sua data ed il suo grado indipendentemente da ogni iscrizione la garenzia del minore, a causa del credito che à sul suo tutore; e se questa garenzia, la quale è di ordine pubblico, deve cedere, secondo la nuova legge, gli è soltanto quando il minore, rimosso dalla tutela e potendo proteggersi da sè stesso, non à più d'uopo della protezione della legge. Or, è questa la posizione del minore nella ipotesi data? Punto nè poco.

In quanto al minore la cui tutela è cessata con la emancipazione, è di ogni evidenza. E' emancipato, indubitatamente; ma riman sempre incapace; ed inoltre, non è nei termini della nuova legge, la quale non mette la iscrizione a carico del minore medesimo che quando è *divenuto* maggiore. Un curatore gli è indubitatamente nominato; ma, al par di lui, questo curatore non è tenuto ad iscrivere l'ipoteca; chè, prendere una iscrizione è un atto di amministrazione si è fare un atto conservatorio; ed un semplice curatore non è tenuto ad amministrare. Noi non siamo dunque nella ipotesi dello art. 8 della nuova legge, e l'ipoteca deve rimaner dispensata d'iscrizione: ed è ben mestieri che così sia; chè, se il minore, nel caso proposto, dovesse, in mancanza d'un'iscrizione che non deve egli stesso prendere e che il [illegible] curatore non è tenuto a chiedere, esser preceduto da tutti i creditori i quali, sia [illegible] tutela, sia dopo l'emancipazione, avessero acquistata ipoteca su'beni del tutore (e tale è la sanzione annessa all'inosservanza della nuova legge, v. *infra*, n. 834), è chiaro che rimarrebbe, senza difesa nè regresso possibile in balia del tutore, il quale, colludendo con creditori, veri o supposti, potrebbe torre al suo credito la sicurezza dell'ipoteca legale.

In quanto al minore il cui tutore viene a morire, è più evidente ancora. Da un canto, rimane minore, e quindi, queste espressioni dello art. 8, « il minore divenuto maggiore, » non gli sono opponibili. Dall'altro, non v'à neppure « cessione della tutela » a suo riguardo; chè, la tutela, pel minore, è uno stato indivisibile che si continua senza alcuna interruzione, anche quando la persona del tutore viene a cambiarsi. Ciò posto, è uopo dire che, in questo caso più ancora che nel caso precedente, siamo fuori della ipotesi preveduta dallo art. 8 della nuova legge: abbiamo degli amministratori successivi di *una medesima tutela*, e non abbiamo il minore *divenuto maggiore* di cui parla la legge. V'à dunque sempre un incapace da proteggere, un incapace che non deesi lasciar preda ai calcoli de'mutuanti di danaro, ed il quale, per essere completamente difeso, deve conservare la sua ipoteca privilegiata su'beni del suo antico tutore a causa dell'amministrazione che finisce, in pari tempo che acquista quest'ipoteca su'beni del nuovo tutore a causa dell'amministrazione che incomincia.

815. Infine, se la tutela finisce con la morte del pupillo, v'à luogo ad iscrivere l'ipoteca ne'termini dello art. 8; ma l'obbligazione incumbe agli eredi, i quali dovranno agire, sia da loro stessi, se sono maggiori, chè non possono esser trattati più favorevolmente di colui al quale succedono; sia per mezzo de' loro rappresentanti legali, se sono minori, chè non sono, relativamente a colui i cui beni sono colpiti dall'ipoteca, in quello stato di sottomissione che à fatto proclamare la esistenza dell'ipoteca indipendentemente da ogni iscrizione (1). Per la qual cosa, avviene degli eredi de' minori, sotto il rapporto che ci occupa, come degli eredi della donna maritata di cui abbiamo parlato al n°. 809; la situazione è la stessa, in effetti, e si risolve con le stesse considerazioni.

816. Avremmo tutto detto se i casi ne'quali la nuova legge modifica il favore accordato dal

(1) V. Rivière e Francois (n. 123), Rivière e Huguet (n. 370), Crosse (n. 246).

(2) V. Ducruet (p. 55). V. pure Troplong *Del a Trascr* n. 310).

(1) V. Troplong (*Della Trascr.*, n. 310, 311), Rivière e Huguet (n. 378 e seg.), Grosse (n. 250), Lesenne (n. 135), Lemarcis (p. 40, n. 4).

Codice all'ipoteca legale della moglie, del minore e dello interdetto, se questa legge si fosse limitata a disporre per lo avvenire. Ma la non è così: lo art. 8 esercita il suo impero anche sulle ipoteche acquisite prima del dì in cui la legge è divenuta esecutoria. Ciò è una eccezione ad una regola che la legge medesima à presa per base delle sue disposizioni: questa regola è il rispetto de' dritti acquisiti. Pertanto, dopo di aver espresso che la legge sarebbe esecutoria a partire dal 1° gennaio 1856 soltanto (art. 10), il legislatore vuole che in generale i dritti consacrati dagli atti che avessero acquisita data certa prima del 1° gennaio 1856, o dalle sentenze rese prima della medesima epoca, rimangano governati da' principi del Codice Napoleone, e quindi restino efficaci anche rispetto a' terzi, sebbene il titolo che li rafferma sia destituto della formalità della iscrizione o della trascrizione, se d'altronde, questa formalità non fosse necessaria secondo i principi del Codice. Ciò appunto risulta dallo art. 11.

Ma, in questo medesimo articolo, il legislatore fa certe riserve che riguardano se non i dritti acquisiti propriamente detti, almeno i dritti aperti, ma non liquidati, e la cui consolidazione poteva senz'inconveniente essere subordinata allo adempimento della tale o tal' altra formalità. In questo numero sono i dritti in veduta de'quali la legge dispone nel suo art. 8; e perciò al § 5 dello articolo 11 esprime che la iscrizione richiesta dallo articolo 8 dev'esser presa nell'anno a far tempo dal dì in cui la legge diviene esecutoria, e che in mancanza di iscrizione entro questo termine, l'ipoteca legale non prende grado che dal dì in cui è ulteriormente iscritta. Così, una tutela è accettata o un matrimonio hanluogo il 1° gennaio 1840; la moglie o il marito à indubitatamente acquisito da questo giorno una ipoteca legale che è nata col fatto del matrimonio o della tutela e che à esistita indipendentemente da ogni iscrizione. Ma il matrimonio è stato sciolto con la morte del marito, o la tutela è terminata con la maggiorità del pupillo, e l'ipoteca non è nè estinta nè purgata quando sopraggiunge la legge del del 23 marzo 1855; la dispensa d'iscrizione cessa pel fatto di questa legge, come se si trattasse d'un' ipoteca nata dopo la sua promulgazione: il minore divenuto maggiore o la vedova non potrà dunque conservare il suo dritto e consolidarlo rispetto a'terzi che a condizione di renderlo pubblico; chè risulta dagli articoli 8 ed 11, § 5, combinati, che non solo alle mogli ed a' minori il cui stato muterà oramai, ma eziandio a quelli il cui stato era già cambiato ed i cui dritti non erano ancora liquidati alla pubblicazione della legge è imposta l'obbligazione di rimuover l'ipoteca che ripetono dal Codice ed a cui il Codice, per una protezione esagerata, permetteva di rimaner celata.

817. Ma ecco una difficoltà: ciò che la legge dice della moglie, del minore, dello interdetto, il cui stato è cambiato prima della sua pubblicazione, nol dice de'creditori surrogati nella ipoteca legale della moglie in virtù di atti di cessione o di rinuncia che abbiano acquisiti data certa prima del 1° gennaio 1856, giorno in cui questa legge è stata esecutoria. Il testo dello art. 11 sembra anzi fermare una regola contraria, chè le cessioni che la legge à trovate perfette e compiute vi sono allogate in apparenza nel novero degli atti che conferiscono de'dritti cui la legge dichiara non voler toccare. Ciò sembra risultare da' §§ 1 e 2 dello art. 11, ove è espressamente detto che l'art. 9, tra gli altri (il quale statuisce precisamente sugli atti co'quali la moglie cede la sua ipoteca legale o vi rinuncia,) «non è applicabile agli atti che ànno acquistato data certa, prima del 1 gennaio 1856, e che il loro effetto è regolato dalla legislazione sotto il cui impero sono intervenuti.»

8. Se tale era il pensiere della legge, vi sarebbe notevole ineguaglianza tra la posizione della moglie e quella del surrogato. Mostriamo ciò con una ipotesi.— Un marito toglie a prestito, nel 1850, una somma di 20,000 fr., congiuntamente con la moglie, la quale cede al mutuante, per garentire il rimborso del suo credito, la sua ipoteca legale nella misura della somma prestata; cinque anni dopo, in decembre 1855, il matrimonio de' mutuatarii è sciolto con la morte del marito. Se si deve stare alle disposizioni che abbiamo testè ravvicinate, ecco qual è la situazione. In quanto alla moglie, la quale non à ceduta la sua ipoteca che nella misura della obbligazione da lei consentita col marito, non può consolidare il suo dritto, rispetto a' terzi, pel dippiù del suo credito, o mantenergli il grado e la data che gli assegna il nostro articolo 2135, se non mercè una iscrizione; chè il matrimonio essendo sciolto, l'ipoteca, in quanto concerne la moglie, à cessato di godere della dispensa d'iscrizione consacrata da questo articolo; così vuole la nuova legge con lo art. 8, cui il § 5 dello art. 11 dichiara applicabile anche alle mogli divenute vedove prima del 1° gennaio 1856, giorno in cui la legge è stata esecutoria — In quanto al creditore surrogato, sarebbe ben altro. Il fatto della surrogazione

essendo legalmente compiuto, e la cessione dell'ipoteca completa prima della pubblicazione della nuova legge, lo effetto ne dovrebbe esser regolato, secondo il § 2, art. 11, dalla legislazione sotto il cui impero sono intervenute; di tal che, profittando della giurisprudenza che s'era stabilita sotto il Codice Napoleone, il creditore continuerebbe a godere della dispensa d'iscrizione, e potrebbe opporre a' terzi la sua surrogazione, tuttocchè non iscritta. Si potrebbe dire, per ispiegare questa differenza, che la moglie sa quando diviene vedova; che, tenuta a vivere a canto al marito, *deve* necessariamente *conoscere* la morte di colui di cui divide la vita; mentrechè non è un *dovere* pel creditore, il quale d'altronde può essere assente, di conoscere *la vita* o *la morte* di un debitore quando *à prestato all'immobile*. Tuttavia non crediamo che questa ineguaglianza sia stata nel pensiere della legge, tale è pure lo avviso della generalità degli autori: soltanto la giustificano su teorie che non son tutte egualmente accettabili.

819. Per esempio, non diremo, col Troplong, che, nel caso proposto, il cessionario dell'ipoteca legale, tuttochè surrogato anteriormente al 1. gennaio 1856, debba chiedere la iscrizione ne'termini della nuova legge, ma che è dispensato di menzionare la cessione che gli sarebbe stata fatta di questa ipoteca, non essendo lo art. 9, con cui la menzione è prescritta, applicabile alle cessioni che abbiano data certa prima del 1 gennaio 1856 (1). Ciò procede da questa idea, emessa dall'autore, che la pubblicità delle surrogazioni risulterebbe, secondo la nuova legge da due formalità talmente ligate tra loro che la prima, ossia la iscrizione da parte del surrogato dell'ipoteca della moglie, non sarebbe che il mezzo di giungere alla seconda, ossia alla menzione della sorrogazione. Or questa idea non è esatta: abbiamo poc' anzi mostrato che le due formalità di cui parla lo eminente giureconsulto, entrambo stabilite dallo art. 9, sono indipendenti; che l'una e l'altra son messe distintamente, e sotto una alternativa, a disposizione del surrogato, cioè: l'*iscrizione*, a nome di costui, della ipoteca legale, pel caso in cui questa iscrizione non fosse già fatta per conto della moglie. e la *menzione* della surrogaziona in margine, pel caso in cui già esistesse una iscrizione a nome di costei (v. *supra*, n. 780, *in fine.*) E come precisamente questo articolo 9 dichiarano i §§ 1 e 2 dello art. 11 non essere applicabile alle cessioni e surrogazioni che abbiano data certa prima dei 1. gennaio 1856, si potrebbe opporre al sistema del Troplong che la legge non fa distinzione, e che quindi lo art. 9 è inapplicabile tanto nella parte relativa alla iscrizione quanto nella parte relativa alla menzione.

820. Sarà forse mestieri, con altri autori, fare una differenza tra la iscrizione della surrogazione e la iscrizione dell'ipoteca legale della moglie, e dire che quando la moglie divenuta vedova prima del 1. gennaio 1856 à trascurato di prendere iscrizione entro i termini dello art. 8 della legge, il creditore surrogato prima della medesima epoca, se è dispensato di far iscrivere la sua surrogazione in virtù degli art. 9 ed 11, §§ 1 e 2 combinati, deve almeno far iscrivere l'ipoteca legale, senza di che sarebbe pur colpito di decadenza, poichè non potrebbe avere maggior dritto della moglie medesima! Qui, è il punto di partenza soltanto che combattiamo, in quanto teoricamente non esiste alcuna differenza tra la iscrizione da parte del creditore della surrogazione, e la iscrizione da parte di lui della ipoteca legale della moglie, poichè investito com'è, con la surrogazione, di questa ipoteca medesima nella misura del suo proprio credito, l'ipoteca in realtà rende egli pubblica per la parte trasmessagliene quando fa iscrivere la sua surrogazione (v. *supra*, n. 787). Ma il risultato finale, la decisione, non lascia di essere nella verità giuridica. E precisamente per questa circostanza è il creditore, nella misura del suo credito. investito del dritto della moglie la quale, a parer nostro, determina la soluzione.

821. Chè non bisogna illudersi: il surrogato non può eccepir qui lo art. 9. Questo articolo, nol dimentichiamo, ha avuto esclusivamente in mira di far cessare uno stato di cose, secondo cui le cessioni e surrogazioni eran valide, tuttochè constatate con atto privato, ed avevan di più, come partecipanti al favore accordato dal Codice alla ipoteca legale della moglie, il loro grado alla data dell'atto di cessione o di surrogazione tuttochè non fossero iscritte. Redatto in vista dello avvenire soltanto, questo articolo è inapplicabile alle cessioni e surrogazioni anteriori al 1. gennaio 1856, secondo la disposizione formale dello art. 11, §§ 1 e 2. Che puossi ragionevolmente conchiudere da ciò? Da un canto, che queste surrogazioni o cessioni continueranno ad esser valide ancorchè sieno constatate con atto privato, purchè l'atto abbia data certa prima del 1 gennaio 1856; da

(1) V. Troplong (Della Trascrizione, n. 353).

un altro canto, che i cessionarii o surrogati continueranno ad essere investiti tra loro e rispetto a'terzi, alla data della loro cessione o surrogazione, purchè eziandio questa data sia certa prima della medesima epoca. Non si può andare più oltre, poichè, pel fatto de'§§ 1 e 2 dello art. 11, i quali dichiarano lo art. 9 inapplicabile alle cessioni e surrogazioni anteriori al 1 gennaio 1856, queste cessioni e surrogazioni si trovano nel caso in cui erano sotto lo impero del Codice Napoleone.

Ora, queste cessioni dovranno esse, sebbene anteriori al 1° gennaio 1856, esser rese pubbliche con una iscrizione? Ciò è un'altra quistione; e non può lo art. 9 risolverla, poichè lo art. 9 non riguarda questo punto. Ov'è dunque la regola?

Nella pubblicità del dritto ipotecario della moglie. Or il dritto ipotecario della moglie, anche quando è nato e non liquidato prima del 1° gennaio 1856, deve, secondo le disposizioni combinate degli art. 8 ed 11, § 5, esser reso pubblico mercè una iscrizione presa entro il termine di cui ci occuperemo bentosto. Adunque, il creditore surrogato dovrà prendere la iscrizione entro questo medesimo termine; chè ciò di cui è in possesso è precisamente il dritto ipotecario della moglie nella misura del credito a ragion del quale è surrogato, quel dritto ipotecario la cui pubblicità è richiesta in un modo assoluto e qualichessieno le persone nelle cui mani risieda. Ciò s'induce con evidenza dallo art. 8, il quale dispone nella previsione del caso in cui la moglie, il minore, lo interdetto, i loro eredi o *aventi causa*, non han presa l'iscrizione entro il termine fissato. Questo articolo appunto, sulla quistione che trattiamo, domina la situazione, e non già lo articolo 9: or, per la volontà formale del legislatore, governa anche i fatti anteriori alla messa ad esecuzione della legge; i creditori surrogati, anche quando i loro atti di cessione ànno data certa prima del dì in cui la legge è divenuta esecutoria, non potrebber dunque sottrarsi al suo impero.

822. Ciò detto ne'casi in cui la legge del 23 marzo 1855 à limitato il favore del principio che accorda a coloro che mancano della capacità o della libertà di agire un'ipoteca indipendente da ogni iscrizione, vediamo in qual modo questo fatto è stato limitato.

823. Il legislatore, ponendo per principio, in quanto a'fatti futuri, che la dispensa d'iscrizione di cui gode l'ipoteca legale della moglie, del minore e dello interdetto, cesserebbe con lo stato d'incapacità o di subordinazione che motiva questo favore tutto eccezionale, ed in quanto a'fatti compiuti, che la dispensa si sofermerebbe alla messa ad esecuzione della legge, il legislatore non poteva intendere che l'ipoteca non sarebbe efficace che a condizione di trovarsi iscritta, nel primo caso, allo istante istesso in cui venisse ad operarsi il cambiamento di stato che la riconduce sotto la regola comune della pubblicità, e nel secondo caso, alla stessa data del dì in cui la nuova legge è divenuta esecutoria.

Da un canto, fino all'ultimo giorno del matrimonio o della tutela, la moglie, il minore e lo interdetto son privati della capacità o della libertà di agire; e come restano necessariamente, fino a quest'ultimo giorno, nella medesima situazione in cui la legge crede dover loro sovvenire, considerandoli come impossibilitati a vegliare da loro stessi alla conservazione del loro dritto, sarebbe ad un tempo ingiusto ed inumano che si trovassero decaduti allo istante medesimo in cui il cambiamento di stato venisse a dar loro o a restituir loro la capacità o la libertà di azione di cui fossero stati fino allora privati.

D'altra banda, fino alla pubblicazione della nuova legge, coloro il cui dritto era certo, tuttochè non liquidato prima della nuova legge, ossia la moglie già vedova, il minore già maggiore, lo interdetto già rimosso dalla interdizione, i loro eredi o aventi causa, avevan potuto astenersi dal dare la pubblicità alla loro ipoteca, poichè era e principio che la dispensa d'iscrizione sopravviveva alle cause che l'avevan motivata; e come, fino alla pubblicazione della nuova legge, sono stati ammessi a confidarsi a questo principio, sarebbe pur sempre ingiusto che si trovassero decaduti di pieno dritto, pel solo fatto della messa ad esecuzione della legge, per non aver fatto iscrivere una ipoteca cui nulla, fino allora, li obbligava a pubblicare.

La sola cosa possibile, quindi, in ambo i casi, era, seguendo ancora su tal punto i dati dello editto del 1673, di prendere il fatto assegnato per termine alla dispensa d'iscrizione di cui gode la ipoteca come una specie di messa in mora, come un avvertimento indiretto al creditore, e farne il punto di partenza di un termine durante il quale questo creditore dovrebbe renderpubblica la sua iposenza di che quest'ipoteca perderebbe la data ed il grado assegnatole dal Codice Napoleone. — Così à proceduto il legislatore.

824. Per la qual cosa, se si tratta de'fatti

che si compiranno in avvenire, la moglie che diverrà vedova, il minore che diverrà maggiore, lo interdetto che sarà rimosso dalla interdizione, i loro eredi ed aventi causa, avranno il termine di un anno per render pubblica l'ipoteca, fino allora indipendente da iscrizione, che ànno su'beni del marito o del tutore; ed il punto di partenza di questo termine di un anno sarà lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela (legge del 23 marzo 1855, art. 8). Se si tratta dei fatti compiuti alla data della nuova legge, la moglie, il minore e lo interdetto, il cui stato era mutato a tale data, i loro eredi ed aventi causa ànno avuto il termine di un anno egualmente per render pubblica l'ipoteca; ed il punto di partenza di questo termine è stato la data del dì in cui la nuova legge è stata esecutoria, ossia il 1° gennaio 1856 (ivi, art. 11, § 7). Per semplici che sieno queste disposizioni della legge sonovi de' punti importanti da precisare per riconoscere quali sono esattamente la situazione ed il dritto del creditore, sia durante il corso del termine, sia dopo spirato il termine.

825 L'obbligazione di render pubblica una ipoteca a cui il Codice Napoleone à dato una esistenza indipendente da ogni iscrizione, nasce, pel creditore secondo la nuova legge, sia al dì in cui acquista o ricupera la capacità di azione, cioè a dire alla cessazione della tutela o allo scioglimento del matrimonio, se si tratta d'ipoteche nate sotto lo impero della nuova legge, sia dal dì in cui questa nuova legge è stata esecutoria, se si tratta d'ipoteche nate prima della messa in esecuzione della legge. Ma questi avvenimenti non fanno che dar adito all'obbligazione d'iscrivere; con ciò il creditore, come testè dicevamo, è semplicemente messo in mora di agire, ed à un anno intiero per provvedere. Gli è dunque a dire che tutti i giorni dell'anno, fino all'ultimo e fino all'ultim'ora, sono utili, e che il creditore è in regola, iscrivendosi, purchè non lasci incominciare il secondo anno.

826. E poichè è in regola fin là, ne segue dunque che, fino a che l'ultima ora del termine non è sonata, l'ipoteca sussiste con tutte le sue prerogative, e massime che, sebbene non sia iscritta, rimane efficace nè più nè meno che se coloro da cui essa procede fossero ancora sotto la potestà del marito o del tutore. La legge degli 11 brumaio anno 7 esprimeva ciò con chiarezza, nell'ordine d'idee in cui s'era circuita, quando diceva che lo effetto delle iscrizioni sussisterebbe, sui contabili, fino al saldo del conto e *sei mesi al di là*, e sui coniugi, durante tutto il tempo del matrimonio *ed un anno dopo* (*supra*, n° 805). La nuova legge non si spiega al certo in un modo sì preciso ma è pur certo però che implica il medesimo pensiere, e quindi, che durante tutto il termine ch'essa accorda, il dritto ipotecario sussiste nel carattere stesso e con le prerogative che à sempre che il matrimonio o la tutela sono cessati. Da ciò emergono delle conseguenze, talune delle quali sono state male a proposito contestate.

827. In primo luogo, è uopo conchiudere che l'ipoteca, in qualunque epoca sia iscritta durante il corso del termine, conserva il grado e la data che le assegnano le disposizioni del Codice Napoleone. Per esempio, il matrimonio contratto in gennaio 1815, tra Eugenia e Paolo viene a sciogliersi per la morte di quest'ultimo, avvenuta il 20 febbraio 1857; il 19 febbraio 1858 Eugenia prende iscrizione; ed indi, messosi in vendita un immobile dipendente dalla successione di Paolo, de'creditori ipotecari del defunto vengono all'ordine e domandano di esservi collocati alla data delle loro iscrizioni, le quali rimontano agli anni 1817 e 1818; Eugenia vi si presenta egualmente, e sebbene la sua ipoteca non sia stata iscritta che il 19 febbraio 1858, domanda di esser collocata alla data del matrimonio, ossia nel 1815, a causa della sua dote e delle sue convenzioni matrimoniali. È ella ammessa e dovrà precedere i creditori ipotecari del marito? L'affermativa non è dubbia; chè se la moglie divenuta vedova non à potuto, dopo la nuova legge, consolidare la sua ipoteca legale ed assicurarsene l'efficacia rispetto ai terzi che a condizione di renderla pubblica con una iscrizione, à non pertanto avuto il termine di un anno a partire dallo scioglimento del matrimonio per prendere questa iscrizione. Or, nella specie il matrimonio essendo stato sciolto il 20 febbraio 1858, era ancora un giorno utile, il 19 febbraio 1858, quando l'ipoteca si è rimossa.

828. In secondo luogo, è uopo conchiudere dal principio che, fino a quando il termine di un anno non è spirato, lo acquirente d'un immobile affetto all'ipoteca legale non può liberarlo che seguendo il modo stabilito dal cap. IX del nostro titolo, per la purgazione delle ipoteche legali di cui sono gravati i beni de'mariti e dei tutori. Lo acquirente il quale avesse trascurato di pagare o volesse trascrivere la sua vendita, la trascrizione nol salverebbe dalla necessità di pagare o di rilasciare, perchè, sebbene essa oggi sofermi in principio il corso delle iscrizioni, e consolidi la proprietà sul capo dello acquirente, non à questo effetto rispetto a'creditori che ànno un'ipoteca dispensata d'iscrizione, tostochè sopraggiunge

le ipoteche di cui era gravato lo immobile da lui acquistato per conto del pupillo o della moglie del suo venditore godevano tuttavia di tutte le prerogative annesse all'ipoteca legale à trascurato di seguire per la purgazione la procedura stabilita dalla legge per questa situazione.

829. In terzo luogo infine, è forza conchiudere dal principio che,semprechè il termine di un anno non sarà spirato, l'ipoteca legale si estenderà agli immobili acquisiti dal debitore dopo la fine della tutela o del matrimonio, e precederà anche quella de'creditori a'quali questo debitore avesse conferito delle ipoteche e le quali avessero preso iscrizione durante il corso del termine. Per esempio, Pietro raggiunge la sua maggioretà il 20 gennaio 1856,ed in questo giorno appunto cessa la tutela esercitata da Paolo; il 20 febbraio seguente, costui acquista un immobile, e taluni giorni dopo, conferisce a Giacomo un'ipoteca convenzionale che quest'ultimo fa iscrivere al 1. marzo 1856; Paolo è indi espropriato il mese di decembre seguente, e Pietro, il quale prende iscrizione soltanto a questa data, domanda di esser collocato sullo immobile alla data della entrata in gestione del suo antico tutore. E' egli ammesso, e, sebbene l'immobile sia entrato nel patrimonio del suo antico tutore dopo la cessazione della tutela, la sua domanda deve forse prevalere contro il dritto di Giacomo, a cui lo immobile è stato specialmente affetto dal tutore divenuto proprietario, c la cui iscrizione à precedoto di dieci mesi quella dell'ipoteca legale? L'affermativa è certa, e si giustifica con le considerazioni che ci ân fatto già ammettere che la iscrizione, sia dell'ipoteca giudiziaria, sia dell'ipoteca legale soggetta ad iscrizione, à per effetto di assicurare il dritto ipotecario istesso sugli immobili futuri, senza che abbia d'uopo di essere rinnovata su questi ultimi immobili a misura che entrano nel dominio del debitore (v. *supra*, n. 598, 599 e 752). La quistione che qui si presenta è la stessa, poichè infine non vi potrebb'essere alcuna differenza, sotto il rapporto della generalità e de'suoi effetti giuridici, tra l'ipoteca legale soggetta ad iscrizione e l'ipoteca legale dispensata da iscrizione. Possiamo dunque riferirci alle precedenti nostre osservazioni.

Osserviamo soltanto che taluni autori, riconoscendo pure che l'ipoteca legale si estende anche agli immobili acquistati dopo lo scioglimento del matrimonio o la fine della tutela, estimano tuttavia che, per lo effetto della nuova legge, siffatta ipoteca non esisterebbe su questi immobili indipendentemente dalla iscrizione, perchè, dicono essi, quando il matrimonio è stato sciolto o la tutela è finita, non vi sono più incapaci a proteggere (1). Ma la quistione non sta in ciò: qui, in effetti, non vi sono più incapaci a proteggere; ma v'à un creditore che la legge non deve abbandonare al momento istesso in cui è rimosso dalla sua incapacità, ed a cui fissa un termine per compiere la formalità alla quale è subordinata la conservazione o la consolidazione del suo dritto. Or è nella natura stessa delle cose che l'ipoteca resti durante il corso di questo termine ciò che era durante la tutela o il matrimonio che l'à fatta nascere; senza di ciò, che significherebbe la concessione del termine? Adunque se l'ipoteca rimane con le sue prerogative anche dopo lo avvenimento che à data o restituita la capacità di azione al creditore che ne era privato, se conserva queste prerogative finchè l'ultima ora del termine è sonata, è ben mestieri riconoscere per via di conseguenza, che si estende in virtù del suo carattere di generalità, agli immobili acquistati anche durante questo termine, e che in virtù della regola che le dà il suo grado e la sua data indipendentemente da ogni iscrizione, affetta questi immobili a questo grado ed a questa data, salvo al creditore a non lasciar passare l'ultimo giorno senza adempiere la formalità mercè cui questo grado e questa data gli saranno deffinitivamente assicurati.

830. Tale è la situazione del creditore durante il corso del termine fatale;fa d'uopo vedere ora ciò che diviene questa situazione dopo spirato tal termine: ciò ci menerà a riconoscere ed a precisare la sanzione con cui il legislatore vuole assionare lo adempimento della formalità imposta dalla nuova legge: sonovi in ciò, lo si comprende,diverse ipotesi da prevedere: o l'ipoteca legale è stata iscritta nel corso del termine; o il termine è decorso senza che l'ipoteca abbia ricevuta pubblicità di sorta.

831. Nel primo caso, il dritto del creditore ipotecario è fissato: rimane nelle condizioni medesime in cui è stato stabilito dal Codice Napoleone: si è lo effetto della iscrizione istessa, la quale,fatta in tempo utile, à consolidato questo dritto, e gli à permesso di prodursi contro i terzi,siccome i principii del Codice Napoleone avevan creduto doverlo costituire.

(1) V. Rivière e Francois (n. 124).

V'à tuttavia un punto da notare, ed à la sua grande importanza, almeno pe'terzi acquirenti: gli è che la ipoteca trovandosi ora iscritta, ogni terzo acquirente che volesso purgare dovrebbe farlo nella forma indicata dalla legge, non nel capitolo IX del nostro titolo, ma nel capitolo VIII, relativo alla purgazione delle ipoteche iscritte.

832. Nel secondo caso, ossia quando il termine di un anno è decorso senza che l'ipoteca abbia ricevuta alcuna pubblicità, v'à un effetto generale che si deduce da sè stesso: l'ipoteca à perduto, almeno dal punto di vista del dritto *de suite* e del dritto di preferenza, tutt'i vantaggi che il Codice Napoleone le à attribuiti. Ma, nei particolari, vi fan d'uopo delle spiegazioni.

833. Per esempio, occupiamoci del dritto di seguitar lo immobile, e poniamo la vedova, il minore divenuto maggiore, o lo interdetto rimosso dalla interdizione, in presenza di un terzo acquirente di immobili gravati dall'ipoteca legale. Come dovrà procedere questo terzo acquirente? E quali saranno i dritti del creditore ipotecario?

Quando la purgazione è incominciata durante il corso del termine, il terzo acquirente, lo abbiamo già detto, deve seguire la procedura indicata per la purgazione delle ipoteche legali (art. 2194), perchè, sebbene l'ipoteca non sia iscritta ancora, conserva pur sempre la prerogativa consacrata dal nostro art. 2135, sempre che rimane qualche parte dal termine a decorrere lasciatogli dalla legge per rilevarsi: in questo caso, il creditore à tutti i vantaggi di questa procedura, ed ancor quelli de'termini che gli sono propri. Pertanto, se la purgazione è incominciata nell'undicesimo mese che à seguito la fine del matrimonio o della tutela, la vedova o il minore divenuto maggiore, e lo interdetto rimosso dalla interdizione, potranno iscriversi alla fine del secondo mese della esposizione del contratto (art. 2194 e 2195); e sebbene in tal modo l'iscrizione non venga che tredici mesi dopo la cessazione della tutela o lo scioglimento del matrimonio, ossia un mese dopo spirato il termine speciale accordato dalla legge del 1855, il terzo acquirente dovrà pur sempre farne conto, perchè la è una conseguenza eziandio della procedura che à egli stesso seguita e che à dovuto seguire.

Ma la nostra supposizione qui è che il termine di un anno impartito della nuova legge sia decorso senza che siasi prodotta alcuna iscrizione. Or, in questo caso, il terzo acquirente che à fatto trascrivere il suo contratto, ancorchè questo contratto rimontasse ad un'epoca in cui il termine di un anno non era ancora spirato, può; e deve, se incomincia la purgazione dopo, procedere per la via della purgazione ordinarià, e non à nulla a temere dall'ipoteca legale. Invano il creditore ipotecario verrebbe a dire che la sua ipoteca legale à colpito lo immobile nelle mani del terzo acquirente in un momento in cui godeva ancora del vantaggio che à di esistere indipendentemente da ogni iscrizione; e che ciò gli à conferito una specie di dritto acquisito, il quale, da un canto, obbliga il terzo acquirente a far la purgazione dell'ipoteca legale, e da un altro gli dà, per produrre la sua ipoteca, il benefizio dei termini propri alla procedura della purgazione. La sarebbe bene, se il termine di un anno fosse stabilito dalla legge del 1855 in vista di lasciare al creditore una semplice *facoltà* di iscriversi; ma la non è così; la iscrizione nel pensiere della legge; è un'*obbligazione* imposta al creditore; è una condizione necessaria alla conservazione o alla consolidazione, rispetto ai terzi, del dritto risultante dall'ipoteca legale. E quindi, se la condizione è adempita quando il termine è decorso e quando d'altronde la vendita è stata trascritta, invano prenderebbesi la iscrizione ulteriormente; questa iscrizione tardiva non potrebbe, nè più nè meno della iscrizione d'una ipoteca ordinaria, essere opposta al terzo acquirente.

834. Veniamo ora al dritto di preferenza, o poniamo il creditore ipotecario a fronte di altri creditori del marito o del tutore; la situazione è netta, e la sanzione si deduce da'termini stessi della legge. Ne risulta, per non aver presa iscrizione nell'anno che à seguito lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, che la vedova, il minore divenuto maggiore, lo interdetto rimosso della interdizione, perdono il grado e la data che sono stati loro assegnati dal Codice Napoleone. Tuttavia, il dritto ipotecario non è perito nelle loro mani; possono vivificarlo ancora mercè una iscrizione; ma questa iscrizione non agirà per essi che come agisce quella che possono prendere i creditori ipotecarii ordinarii: essa darà la data all'ipoteca cui il fatto solo del matrimonio o della tutela aveva lor fatto acquistare su' beni del marito o del tutore; ed oramai l'ipoteca non avrà più grado nè data privilegiati; non avrà che il grado e gli effetti della iscrizione di dritto comune. Per la qual cosa, sarà preceduta da tutte quelle che il tutore o il marito avesse potuto consentire durante il matrimo-

nio o la tutela; così pure, cesserà di colpire gl'immobili che il marito o il tutore avessero alienati, sia durante il matrimonio, o la tutela, sia anche prima del dì in cui si è prodotta la iscrizione; in pochi detti, la iscrizione, sotto questi diversi rapporti, non varrà che come vale quella delle altre ipoteche.

835. Ma è tutto detto; e la sanzione della legge è già bastantemente grave da non meritar che si pensi ad aggravarla di più. Sotto questo punto di vista faremo osservare che, anche dopo spirato il termine, l'ipoteca la quale, sebbene non iscritta, rimane come dritto nelle mani del creditore, vi rimane col carattere di generalità che è nella sua natura. Pertanto, quando è scritta ulteriormente, rivive come ipoteca generale, nel senso che se non affetta più i beni che il tutore o il marito avessero alienati prima della iscrizione, affetta almeno, non solo tutti quelli che esistono allora nelle mani del tutore o del marito e sono nel suo dominio, ma eziandio quelli che potranno entrarvi ulteriormente.

836. Aggiungiamo un'altra osservazione nello stesso senso: la legge la quale, in mancanza d'iscrizione entro il termine fatale, fa perdere la più notevole delle sue prerogative all'ipoteca legale della moglie divenuta vedova; del minore divenuto maggiore, dello interdetto legalmente rimosso dalla interdizione, si preoccupa esclusivamente dello interesse de' terzi a cui il marito o il tutore avesse potuto conferire de' dritti reali sugl'immobili gravati. Ciò risulta da' termini stessi dello art. 8, il quale dice in fatti, che in mancanza di iscrizione entro l'anno dopo lo scioglimento del matrimonio o la cessazione della tutela, l'ipoteca non data, *rispetto a' terzi*, che dal dì delle iscrizioni prese ulteriormente. D'onde la conseguenza che rispetto al marito, al tutore o a loro eredi,ed anche rispetto a' terzi che non avessero dritti reali sugli immobili, l'ipoteca, per non essere iscritta entro il termine, conserva per sempre tutte le prerogative che tiene dalle disposizioni del Codice Napoleone.

837. In tutto ciò che precede, abbiamo supposto l'ipoteca legale esistente nelle mani del creditore a cui è attribuita dalla legge. Ma passiamo all'ipotesi in cui quest'ipoteca è stata ceduta in tutto o in parte, ed in cui per conseguenza può trovarsi divisa tra più aventi dritto; vogliamo parlare ancora del caso di surrogazione da parte della moglie dei suoi creditori o di quelli del marito nella sua ipoteca legale,vediamo qual è, in questo caso, la situazione del creditore surrogato.

Per principio, l'iscrizione è necessaria dal suo canto; e non solo dovrà oramai farsi a causa delle surrogazioni future, ma à dovuto eziandio farsi a causa delle surrogazioni aventi data certa prima del 1° gennaio 1856, quando il matrimonio è stato sciolto o la tutela è finita prima di quest'epoca; si è ciò che abbiamo testè dimostrato (v. *supra*, n° 821).

Ciò posto, è uopo dire, nel primo caso, che il creditore avrà interesse a chiedere la iscrizione immediatamente, ed anche prima dello scioglimento del matrimonio, poichè con la iscrizione sarà egli investito della cessione rispetto a'terzi (legge del 23 marzo 1855, art. 9). Chiederà dunque questa iscrizione; tosto che l'avrà chiesta, avrà il benefizio dell'ipoteca legale con tutt'i suoi vantaggi, e massime con quello di prender grado alle diverse date determinate dal nostro art. 2135.

Nel secondo caso, ossia in quanto concerne le surrogazioni che han data certa prima del 1° gennaio 1856, il creditore surrogato à avuto, come la moglie, il termine di un anno a partire dal dì in cui la legge è divenuta esecutoria per effettuare la iscrizione dell'ipoteca nella misura del suo credito. Se la formalità è stata adempita entro il termine, il creditore ha conservato il suo dritto con tutte le sue prerogative; ciò è senz'alcuna difficoltà. Ma se la iscrizione è stata presa sol dopo spirato il termine, non avrà efficacia che alla data di questa iscrizione tardiva. Tal sarebbe la regola, quand'anche la moglie avesse avuto, dal canto suo, la cura di conservare il suo dritto iscrivendolo entro il termine statole impartito. Le diligenze fatte dalla moglie non conservano il dritto personale del creditore surrogato, che è tenuto personalmente a render pubblico questo dritto,perchè possa opporlo a'terzi, ed il quale, non avendolo reso pubblico entro il termine, cade per opera dello art. 8 della nuova legge, secondo cui, se la moglie o i suoi aventi causa non àn preso iscrizione nell'anno, la loro ipoteca non data, rispetto ai terzi,che dal dì delle iscrizioni prese ulteriormente.

2136 [2022] — **I mariti ed i tutori son tuttavia tenuti a render pubbliche le ipoteche di cui i loro beni sono gravati, ed a tal uopo, a chiedere essi stessi senz'alcuna dilazione, iscrizione a'burò appositamente stabiliti, sugli immobili loro pertinenti, e su quelli che potranno loro appartenere in seguito.**

I mariti ed i tutori che, non avendo chie-

sto o fatto fare le iscrizioni ordinate dal presente articolo, avessero consentito o lasciato prendere de' privilegi o delle ipoteche su' loro immobili, senza dichiarare espressamente che i detti immobili erano affetti alla ipoteca legale delle mogli e dei minori, saranno reputati stellionatari, e come tali, soggetti all' arresto personale(a).

2137 [2023] — I tutori surrogati saran tenuti, sotto la loro responsabilità personale, e sotto pena di tutti i danni ed interessi, a vegliare che le iscrizioni sien prese senza dilazione su' beni del tutore, per ragione della sua gestione, ed anche a far fare le dette iscrizioni (b).

2138 [2024] — Mancando i mariti, i tutori, i tutori surrogati, di far fare le iscrizioni ordinate dagli articoli precedenti saranno richieste dal procuratore imperiale presso il tribunale di prima istanza del domicilio de' mariti o tutori, o del luogo della situazione dei beni (c).

2139 [2025] — Potranno i parenti, sia del marito, sia della moglie, ed i parenti del minore, o, in mancanza di parenti, i suoi amici, chiedere le dette iscrizioni; potranno ancora esser chieste dalla moglie e da' minori (d).

SOMMARIO

I. Se le ipoteche legali delle mogli, dei minori, e degl' interdetti possono, in generale, secondo lo art. 2135, essere efficaci tuttochè non iscritte, ciò non vuol dire che il legislatore abbia eliminato anche a lor riguardo il gran principio della pubblicità: egli vi ritorna, al contrario, negli art. 2136 a 2139; e per sostenere il principio questi articoli impongono l'obbligo o dan la facoltà a certe persone di render pubbliche le ipoteche di cui sono gravati i beni de' mariti e de' tutori per conto delle mogli, de' minori o degli interdetti.

II. Delle persone a cui incumbe l'obbligazione di chiedere iscrizione; — 1° de' tutori e de' mariti; quando e come debbono chiedere l'iscrizione che son tenuti a fare. — 2° de' tutori surrogati; sono incaricati a vegliare che la iscrizione sia presa senza dilazione, ed occorrendo debbono far fare essi stessi la detta iscrizione.

III. Degli uffiziali del pubblico ministero; delle regole che specialmente li concernono e del modo con cui conviene che intervengano. Circolari del 15 settembre 1806. — Quid dei conservatori delle ipoteche? Circolare del 15 settembre 1808.

IV. Delle persone che han la facoltà di richiedere la iscrizione; in quanto all'ipoteca della moglie sono i parenti sia della moglie, sia del marito, e la moglie medesima; in quanto all'ipoteca del minore, sono i parenti del minore ed in mancanza i suoi amici ed il minore istesso.

V. Evvi tra le persone che, secondo la legge son tenute a chiedere la iscrizione o quelle che han semplicemente la facoltà di farlo una differenza che risulta dalla natura stessa delle cose: queste possono astenersi impunemente dallo agire nello interesse della moglie, del minore o dello interdetto; al contrario, la legge prende contro le altre delle misure e stabilisce una sanzione per assicurare il più che possibile l'esecuzione della obbligazione che loro impone.

VI. — Continuazione — Della sanzione stabilita contro i tutori ed i mariti. Sono reputati stellionatari e come tali, soggetti all'arresto personale. — La disposizione della legge non è applicabile nel caso in cui i tutori o i mariti *vendono* gl' immobili affetti all' ipoteca legale. Ma l'ipotesi della legge è quella in cui i mariti o i tutori non solo *consentono* delle ipoteche ma *lasciano eziandio acquistar de' privilegi e delle ipoteche* sugli immobili gravati. Tuttavia, sonovi delle condizioni senza cui la disposizione non è applicabile; pertanto, è uopo che l'ipoteca legale non sia stata iscritta, e che consentendo o lasciando prendere delle ipoteche sui loro immobili, i tutori ed i mariti omettono di dichiarare espressamente che quest' immobili sono affetti all' ipoteca legale. Commentario e discussione.

VII. Continuazione — Della sanzione stabilita contro i tutori surrogati: sono tenuti a vegliare o ad agire sotto la loro responsabilità personale e sotto pena di tutt' i danni e gl' interessi. Rispetto a chi trovasi tenuta la loro responsabilità?

VIII. Transizione.

(abcd) Niuna divergenza è fra questi articoli.

I — 838. L'ipoteca legale, ed in particolare quella delle mogli, dei minori e degli interdetti, è stata l'oggetto di un favore singolare: la legge ha fatto piegare, per essa, le due regole fondamentali del regime ipotecario. Con lo art. 2122 ci à detto che il creditore avendo un' ipoteca legale può esercitare il suo dritto su tutti gli immobili del suo debitore, tanto sugl' immobili futuri quanto sugli immobili presenti derogando con ciò al principio della *specialità*; e poi, con lo art. 2135, ci dice che l'ipoteca esiste indipendentemente da ogni inscrizione a favore della moglie, del minore e dell' interdetto, facendo eccezione al principio della *pubblicità*.

Ma la specialità e la pubblicità sono talmente nelle condizioni del regime ipotecario, le disposizioni che ne proclamano la necessità, sono sì essenzialmente protettrici, il credito pubblico ed il credito privato sono ad un tempo sì strettamente interessati al loro mantenimento, che il legislatore non vi deroga se non suo malgrado, e nel caso stesso in cui le necessità della protezione che deve agli incapaci l' obbligano a dipartirsi dal principio, non vi vuol tuttavia rinunciare in un modo assoluto. Gli art. 2140 a 2145 già ce lo àn mostrato al punto di vista della specialità; questi articoli ci àn fatto vedere come il legislatore, dopo di aver formato in principio la generalità dell' ipoteca legale nello art. 2122, si preoccupa tuttavia della specialità ed apre il mezzo

di applicarla all'ipoteca in tutt'i casi in cui il pegno ipotecario eccede notarismente le sicurezze dovute al creditore(*supra*,n.541 e seg.). Alla lor volta i quattro articoli di cui imprendiamo il commentario ci forniran la pruova che dopo aver ammessa l'esistenza e l'efficacia dell'ipoteca a favor della moglie, del minore e dello interdetto, indipendentemente da ogni iscrizione, il legislatore si preoccupa tuttavia della pubblicità di questa ipoteca, e si studia di costringerla a prodursi altronde che dalle persone che à formalmente dispensate da iscrizione.

839. La legge parte da questa idea che se importa di non far dipendere, pel creditore, l'efficacia dell'ipoteca da una iscrizione che questo creditore non può egli stesso prendere a causa della sua incapacità o del suo stato di subordinazione, non è indifferente, almeno pei terzi, che l'ipoteca si riveli, tosto che si produce il fatto da cui deriva. Esige quindi la pubblicità in questo interesse; e, per ottenerla, impone a certe persone l'obbligo di chiedere la iscrizione; dà ad altre la facoltà di farlo; ed infine stabilisce, se non contro tutte queste persone, almeno contro quelle a cui impone l'obbligo d'iscrivere, una sanzione in vista di assicurare l'osservanza delle sue prescrizioni. Secondo ciò, il commentario dei nostri quattro articoli avrà per oggetto di indicare successivamente quali persone *son tenute* a far fare l'iscrizione, quali persone *possono* farla fare, ed in che consiste la sanzione stabilita dalla legge.

II. — 840. L'obbligo d'iscrivere l'ipoteca legale è imposto in primo luogo a'mariti ed a'tutori la cui ipoteca grava i beni. La legge vuole che rendano pubblica questa ipoteca, ed a tal uopo, che chieggano essi stessi, senz'alcuna dilazione, iscrizione ne'burò a ciò stabiliti,sugli immobili ad essi appartenenti e su quelli che potranno loro appartenere in seguito (art. 2136).

Per la qual cosa, se si tratta dell'ipoteca legale della moglie, il marito ne deve chiedere la iscrizione tosto dopo la celebrazione del matrimonio, chè dal fatto del matrimonio deriva l'ipoteca, e la legge domanda al marito di far iscrivere l'ipoteca, senza alcuna dilazione.

Se si tratta dell'ipoteca legale del minore o dello interdetto, il tutore ne deve chiedere la iscrizione tosto dopo l'accettazione della tutela, chè dal fatto della tutela deriva l'ipoteca, ed il tutore eziandio è tenuto a far fare la iscrizione senza dilazione.

841. Del resto, o che si tratti dell'ipoteca legale della moglie, o che si tratti di quella del minore, o dello interdetto, l'iscrizione deve esser presa da'mariti o da'tutori su tutt'i loro beni immobili, ossia su tutti quelli che loro appartengono al momento della celebrazione del matrimonio o della accettazione dalla tutela, e su tutti quelli che potranno loro appartenere nello avvenire. Gli è una conseguenza naturale della generalità della ipoteca. Ma come l'iscrizione presa in un burò non à e non può avere effetto che sugli immobili situati nel circondario di questo burò, ne segue che, nel caso in cui i tutori o mariti posseggano degli immobili in diversi circondari, o circoscrizioni ipotecarie debbono, all'apertura della tutela o al tempo della celebrazione del matrimonio, iscrivere l'ipoteca legale nel burò di ciascuna di queste circoscrizioni.

842. V'era luogo a temere che coloro che in primo luogo son tenuti a render pubblica l'ipoteca delle mogli, dei minori, degli interdetti, fosser poco atti ad adempiere questa obbligazione. Chè l'iscrizione deve gravare i loro propri beni, e si vede che il proprietario è disposto piuttosto a celare che a manifestare gli oneri che colpiscono i suoi immobili e paralizzano o scemano il suo credito; laonde il legislatore non lascia solo a'tutori ed a'mariti la cura di rinnovar l'ipoteca.

Per la qual cosa, in ogni tutela, v'à un tutore surrogato le cui funzioni consistono nel controllare in qualche guisa e nel sorvegliare l'amministrazione del tutore. A lui naturalmente doveva il legislatore pensare per assicurare la pubblicità dell'ipoteca del pupillo, e quindi lo à incaricato sussidiariamente, sia a vegliare che le iscrizioni sien prese senza dilazione su'beni del tutore per ragione della sua gestione, sia anche a far fare le dette iscrizioni (art. 2137). È indubitato che, nel caso in cui le iscrizioni sono prese dal tutore surrogato, costui, come il tutore istesso, deve prenderle su tutti gli immobili presenti e futuri del tutore, e quindi, nel burò di ciascuno de'circondarii ove il tutore possedesse degli immobili.

In quanto al marito, esercita senza controllo l'amministrazione che à de'beni della moglie; niuno poteva dunque esser chiamato ad adempire, dopo di lui, per la iscrizione dell'ipoteca legale della moglie, il compito che il tutore surrogato adempie dopo del tutore per la iscrizione della ipoteca dell'interdetto o del minore. Tuttavia, si vedrà che la legge non rimette tampoco al marito soltanto la cura di dare la pubblicità all'ipoteca le-

gale della moglie: altri debbono agire in mancanza di lui.

III—843. Così la è in prima degli uffiziali del pubblico ministero, la cui azione è d'altronde sussidiaria non solo a quella del marito per la iscrizione dell' ipoteca della moglie, ma eziandio a quella de' tutori e de' tutori surrogati per la iscrizione della ipoteca degli interdetti e dei minori. Lo art. 2138 ci dice, in fatti, che mancando i mariti, i tutori, i tutori surrogati, di far fare le iscrizioni ordinate dagli articoli precedenti *saranno richieste* dal procuratore imperiale presso il tribunale di prima istanza del domicilio de' mariti e tutori, o del luogo della situazione dei beni. Qui ancora la legge è imperativa; e sebbene si esprima in termini meno assoluti che quando parla de' mariti, de' tutori e de' tutori surrogati, non lascia di essere questa un'obbligazione che impone.

Ma non è da dimenticarsi che lo interesse di cui si preoccupa non è particolarmente quello degli incapaci; chè l' ipoteca esistendo a lor riguardo indipendentemente da ogni iscrizione, in virtù della regola fermata nello artic. 2135, è vero dire che non sono realmente interessati, almeno al punto di vista del dritto di preferenza, a render pubblica la loro ipoteca. Le disposizioni che ora ci occupano ànno anzitutto in veduta la sicurezza dei terzi, i quali, in ogni stato di causa, possono vegliare sul loro proprio interesse: perciò appunto il pubblico ministero, sebbene obbligato ad agire, dev' essere infinitamente più riservato che se intervenisse nello interesse esclusivo degli incapaci che à per missione di difendere e proteggere.

Ciò sembra non essere stato perfettamente compreso in origine. Taluni procuratori imperiali si eran persuasi che dovevano indistintamente, e senz' alcun esame, prender di ufizio delle iscrizioni ipotecarie sugli immobili de' mariti, per la conservazione delle doti, riprese e convenzioni matrimoniali delle moglie. Altri, senza spinger sì oltre la loro sollecitudine, si eran fatta una legge di chiedere queste iscrizioni, quantevolte il contratto di vendita di un immobile appartenente ad un marito era depositato in cancelleria dallo aquirente per purgare le ipoteche legali. Era una esagerazione del modo di eseguire la disposizione del nostro articolo; vi fu chiamata l'attenzione del gran giudice ed una circolare, in data del 15 settembre 1806 (1) richiamando la stretta osservanza della regola, espresse « che incaricando il pubblico ministero a chiedere di ufizio delle iscrizioni ipotecarie, la legge non aveva avuto per iscopo che di supplire alla negligenza o alla inazione di coloro che debbono o che possono prendere queste iscrizioni; .. che lo intervento del pubblico ministero è dunque puramente sussidiario e subordinato alla maggiore o minore diligenza delle parti, ma che interessa anzi tutto che non intervenga se non in perfetta cognizion di causa, e dopo di essersi assicurato che *vi ha luogo* a prendere iscrizione, affin di non esporre le parti a spese frustranee, ed i terzi che avesser legittimamente contrattato a vane difficoltà ed a lentezze pregiudizievoli ... »

L' azione del pubblico ministero potrebbe, senza inconveniente nè pericolo, restringersi in questi termini; ma è uopo dire che oggi non si va neppure tant' oltre, ed è avvenuto, dopo questa istruzione che altre àn confermata, che lo art. 2138 è realmente caduto in desuetudine, e che, per una esagerazione in senso contrario, souovi poche procure, se pur ve ne sono, in cui si pensi ad eseguire questa disposizione della legge.

844. Del resto, il nostro articolo dà mandato a' procuratori imperiali soltanto. Non sarebbe dunque possibile estendere questo mandato ed accordarlo a funzionarii che non sieno gli ufiziali del pubblico ministero.

In questo senso, non si può che approvare una circolare del ministero della giustizia, del 15 settembre 1808, citata dal Persil (2), e dalla quale risulta che i conservatori non ànno il dritto di fare delle iscrizioni nello interesse de' minori e delle donne maritate, ma che non debbano procedervi, a' termini del nostro articolo, che sulla richiesta del procuratore generale. Ciò conferma maggiormente la dottrina poc' anzi sostenuta (v. numero 801), contro lo arresto della Corte di Amiens, il quale à validato un certificato di radiazione in cui il conservatore, dopo di aver constatata la rimozione della iscrizione presa da un creditor surrogato, riserbava espressamente gli effetti della iscrizione in favor della moglie, il che era in realtà prender la iscrizione per costei; la circolare precitata condanna ciò a buon dritto. L'iscrizione che il conservatore prendesse pel minore o per la moglie sarebbe una iscrizione di ufizio: or, il solo caso in cui possa in tal modo procedere è il caso eccezionalmente preveduto dallo art. 2108.

(1) V. Locrè (XVI, p. 460).
(2) V. Persil (art. 2138, n. 2). *Arrogi*; Zachariae, (t. II, p. 154, nota 15) — V. tuttavia Dalloz (*Rep.*, v. Ip. e Priv., p. 224, nota 2).

IV. — 845. Vengono ora le persone *che sono semplicemente autorizzate* a chiedere la iscrizione. L'indicazione, a tal riguardo, è fatta nello art. 2139, secondo cui « potranno i parenti del minore, o, in mancanza di parenti, i suoi amici, chieder le dette iscrizioni; potranno ancora chiedersi dalle mogli e da'minori ». — Pertanto, lo articolo fa una distinzione: in quanto alla ipoteca de'minori, la iscrizione può farsi, sia da'parenti, sia dagli amici in mancanza dei parenti, sia infine da' minori medesimi; in quanto all'ipoteca della moglie, l'iscrizione può esserne richiesta, sia da parenti della moglie o del marito, sia dalla moglie medesima guidata da un sentimento di convenienza: la legge non ammette per la moglie, come ammette pel minore, che degli amici che agiscono per suo conto possono chiedere iscrizione in suo nome; e la giurisprudenza, eccettando pienamente questo pensiere, annulla l'iscrizione presa a nome della moglie da un terzo non parente, che agisca senza il consenso di lei o del marito (1).

846. D'altronde il nostro articolo non esige alcuna capacità civile nella persona di coloro che chiedono la iscrizione: per la qual cosa, quando dice che la moglie ed il minore possono chiederla essi stessi, è uopo intendere che costoro sono autorizzati ad agire, la moglie senza il consenso del marito (2), ed il minore senza l'assistenza del suo tutore. È d'altra parte una necessità della situazione: quando il tutore ed il marito non chieggono la iscrizione che dovrebbero essi stessi prendere, quale probabilità v'à mai che volessero dare il consenso o l'assistenza che fosser loro domandati per chiederla in loro vece? Subordinare l'azione della moglie o del minore a questo consenso o a questa assistenza, sarebbe in realtà un ritrarre la facoltà loro data dalla legge.

V. — 847. Il legislatore avrebbe ben poco oprato in veduta dello scopo che proponevasi di raggiungere, se si fosse attenuto ad una enumerazione pura e semplice delle persone che sono obbligate o che han la facoltà di render pubbliche le ipoteche delle mogli de'minori e degli interdetti; per lo che egli è andato più oltre; e per assicurare il più che possibile lo adempimento do'doveri che impone, à completato con una sanzione quelle fra le disposizioni della legge a cui una sanzione poteva ragionevolmente applicarsi.

La legge degli 11 brumaio anno 7 ora ben assoluta su di ciò. Sottomettendo alla iscrizione l'ipoteca de' minori aveva disposto che la iscrizione fosse fatta a cura del tutore surrogato o curatore, *sotto pena di rimaner responsabile del danno che risulterebbe dal manco o dal ritardo d' iscrizione*; e poi aveva aggiunto che in mancanza del tutore surrogato, i *parenti* o *amici* che avesser concorso alla nomina del tutore o curatore, *ciascuno individualmente e sotto la loro responsabilità solidale*, sarebber tenuti a chiedere la iscrizione, o a vegliare che fosse fatta a tempo utile, a cura di uno di essi (art. 41). Si comprende che il Codice Napoleone non siasi spinto fin qui. I parenti e gli amici non vi son chiamati di obbligo come nella legge di brumaio: niuna responsabilità poteva dunque colpirli, chè sarebbe irragionevole che colui al quale la legge dà semplicemente una facoltà di agire potesse incorrere in una responsabilità qualunque per non aver fatto uso di questa facoltà. Una sanzione non era possibile che rispetto a coloro a' quali la legge impone l'obbligo di agire: laonde la sanzione non è stabilita che rispetto a' mariti, a' tutori ed ai tutori surrogati.

Ma qual è questa sanzione, in che consiste in quali casi è richiesta? Ciò appunto diremo occupandoci distintamente, in primo de' mariti, de'tutori, ed indi de' tutori surrogati.

VI. — 848. I mariti ed i tutori i quali, avendo mancato di chiedere e di far fare le iscrizioni ordinate dallo art. 2136, avesser consentito o lasciato prendere dei privilegi o delle ipoteche su'loro immobili, senza dichiarare espressamente che i detti immobili erano affetti all'ipoteca legale della moglie e dei minori saran reputati stellionatarii, e come tali, soggetti allo arresto personale: tale è la disposizione del § 2 dello art. 2136. Pertanto il legislatore aggiunge qui un caso di stellionato a quelli che enumera lo articolo 2059 del Codice Napoleone. Secondo quest'ultimo articolo, v'à stellionato, — quando si vende o s' ipoteca un immobile che si sa non esser proprio, — e quando si presentano come liberi de' beni ipotecati, o si dichiarano delle ipoteche minori di quelle di cui i beni sono gravati. E secondo il nostro articolo è uopo aggiungere che v' à stellionato eziandio dal canto de' tutori e de' mariti, non solo quando conferendo o lasciando

(1) Caen. 8 mag. 1839 (Dev., 39. 2, 529).— Arrogi: Poitiers, 26 genn. 1832. Ved pure Tarrible (Rep. di Merlin, v. Iscriz. ipot. § 5, n. 17), Persil (art. 2139). Zachariae (t. 11, p 134).

(2) V. Parigi, 31 ag 1810 (Dall, R p, v. Ip e Priv., p. 105, alla nota).

prendere ipoteca fanno una falsa dichiarazione sulla situazione ipotecaria dello immobile offerto, o preso in pegno, ma ancora quando *serbano il silenzio* sulla esistenza dell'onere che grava questo immobile per conto de' pupilli o delle mogli. La è una disposizione essenzialmente rigorosa, più ancora della disposizione già gravissima dello art. 2059: laonde deve intendersi restrittivamente e la interpetrazione non vi deve nulla aggiungere. Precisiamo dunque l'ipotesi della legge, e vediamo poi quali sono le condizioni o le circostanze costitutive di questo caso di stellionato ch' essa aggiunge a quelli dello art. 2059.

849. Per esempio, Pietro, tutore di Paolo, non à fatto iscrivere l'ipoteca che grava i suoi beni immobili per conto di quest' ultimo, e niuna iscrizione è stata presa nè dal tutore surrogato nè da alcun altro di coloro che avrebbero avuto qualità per chiederla. In questo stato, Pietro *vende* a Giuseppe la sua casa di Versailles, senza dichiarare che questa casa è affetta all' ipoteca legale di Paolo, senza dire neppure che è investito delle funzioni di tutore, nè checchesia che abbia potuto rivelare a Giuseppe, acquirente, l'esistenza di questa ipoteca. Pietro in questo caso, è egli stellionatario, e come tale, soggetto allo arresto personale? No; chè l' ipotesi del nostro articolo è quella in cui i tutori ed i mariti, che han mancato di chiedere le iscrizioni ordinate dalla legge, *consentano o lascino prendere delle ipoteche* su' loro immobili senza dichiarare che questi immobili sono affetti all' ipoteca legale. Or, nella nostra specie, non si tratta mica di ciò: vi è stata, non costituzione d' ipoteca da parte del tutore, ma *vendita* dell' uno degli immobili gravati a favore del suo pupillo; non è l' ipotesi della legge; la disposizione, essenzialmente di dritto stretto, non è dunque applicabile.

Tuttavia, la Corte di cassazione si è avvalsa del nostro articolo per dichiarare stellionatario, e come tale soggetto allo arresto personale, un marito che aveva, non ipotecato, ma dato in pagamento, sotto forma di vendita, un immobile gravato della ipoteca legale della moglie (1). In ciò, la Corte à dato un appoggio senza solidità ad una soluzione la quale, nella specie, poteva essere giustificata da un testo. V' era in effetti, questa circostanza particolare che l' atto di vendita conteneva una clausola portante che *i beni venduti eran liberi da ogni onere ed ipoteche*. Lo articolo 2059 forniva dunque alla Corte un argomento decisivo per appoggiare la soluzione consacrata; chè il marito non poteva ignorare che lo immobile presentato dall'atto di vendita come libero da ogni onere ed ipoteca era affetto all'ipoteca legale della moglie: è ben evidente che i mariti e i tutori sono, al pari di ogni altro, soggetti alla regola comune dell' art. 2059, giusta il quale evvi stellionato, quando si presentano come liberi de' beni ipotecati (2). Ma era al certo un travisare il senso ed il valore del nostro articolo il prenderlo per testo della decisione. La Corte di cassazione medesima non vi si è ingannata in un' altra circostanza. Colpita da un ricorso diretto contro un arresto della Corte di Riom, che aveva decisa la quistione nello stesso senso e pur con lo art. 2136, rigettò per verità questo ricorso; ma si fu per considerazioni particolari, ed ebbe cura di dichiarare che queste considerazioni essendo dominanti e decisive nella specie, era indifferente che certi motivi dello arresto impugnato fossero contrarii ad altre disposizioni, e massime « allo art. 2136 il quale non dice che un marito debbe reputarsi stellionatario, quando non dichiara la ipoteca legale della moglie *sugli immobili che vende*, ma soltanto quando *consente* o *lascia prendere dei privilegi o delle ipoteche* sui suoi immobili, senza dichiarare espressamente che questi immobili sono affetti all'ipoteca legale della moglie » (3).

Quivi è la verità giuridica; e se vi si vuol riflettere, si spiega a meraviglia che la legge limitata da' suoi termini stessi, non à voluto andar più oltre. Del resto, che un tutore o un marito venda un immobile gravato della ipoteca legale del pupillo o della moglie senza dichiarare l'esistenza di quest' ipoteca, non v'à in ciò un pericolo serio per lo acquirente. Se questo acquirente è vigile, se non manca della prudenza la più volgare, avrà cura di non saldare il suo acquisto che dopo di aver adempito le formalità della purgazione legale; e con ciò avrà messo i suoi interessi completamente al coverto. Ma gli è ben altro quando il marito o il tutore è in presenza di un capitalista che dà i suoi fondi su ipoteca. In questo caso, la mancanza di dichiarazione sulla preesistenza della ipoteca legale è una frode che può avere

(1) V. Cass., 20 nov. 1826. — Arrogi; Riom, 8 magg. 1813.
(2) V. Agen. 8 apr 18:3 e Bordeaux. 9 luglio 1830.

(3) V. Ric. 23 giug. 1817. arresto che rigetta il ricorso diretto contro lo arresto di Riom, del 3 maggio 1813, di sopra citato.

pel mutuante delle conseguenze funeste o che nulla potrebbe deviare; chè se, mancando il mutuatario di liberarsi, il pegno viene ad effettuarsi, quest'ipoteca legale, che il mutuante aveva ignorata e la cui esistenza, se l'avesse conosciuta, l'avrebbe forse dissuaso dal dare i suoi fondi, quest'ipoteca legale si produrrà armata del suo dritto di preferenza, assorbirà il pegno in parte o anche in totalità; e senza che vi sia stato alcun mezzo di difendersi il mutuante avrà perduto il suo credito con le sicurezze che aveva stipulate. Questa differenza nelle situazioni è il nostro articolo presa qui per regola e per misura: si è lo avviso di tutti gli autori (1); ed ecco perchè riconoscono tutti che il caso di vendita da parte de' tutori o de' mariti d'immobili già gravati della ipoteca legale rimane sotto lo impero del dritto comune consacrato dall'art. 2059, o che il solo caso pel quale il nostro articolo aggrava i rigori del dritto comuno e quello in cui i tutori o mariti *consentono* a *lasciano prendera de' privilegi* o *delle ipoteche* sugli immobili così gravati.

850. Noi non pensiamo d'altronde che faccia mestieri restringere il significato dello art. 2136. Non è però avviso delle generalità degli autori. La legge, dicesi, non si limita a parlare de' tutori e de' mariti che *consentono della ipoteche*, parla di coloro che consentono o *lasciano prendere de' privilegi* o *delle ipoteche*. Quale può essere in ciò il suo pensiere? Che il tutore o il marito il quale *consenta* un'ipoteca, ossia che conferisce un'ipoteca convenzionale sugli immobili affetti all'ipoteca legale, sia dichiarato stellionatario se lascia ignorare al mutuante l'esistenza di questa ipoteca, ciò è indubitato. Ma come vi sarebbe mai stellionato dal canto del tutore o del marito che consentisse o lasciasse prendere un privilegio sugli immobili gravati dell'ipoteca legale? Innanzi tratto non si *consente* un *privilegio*, poichè non vi son privilegi oltre quelli stabiliti dalla legge, in casi ed in favore di crediti determinati e limitati; poi, ancorchè un privilegio fosse consentito o creato, ovvero il marito o il tutore lo lasciassero prendere, la mancanza di dichiarazione sulla preesistenza dell'ipoteca legale non sarebbe menomamente pregiudizievole, poichè il privilegio, per la natura stessa del credito a cui è annesso, è preferibile a tutte le ipoteche. D'altra parte, come vi potrebbe esser mai stellionato anche dal canto del tutore o del marito che *lasciassa prendera ipoteca* senza far la dichiarazione richiesta dal testo? Questo espressioni della legge non possono applicarsi che all'ipoteca legale o all'ipoteca giudiziaria; e come mai il marito o il tutore che è in giudizio potrebb'esser dichiarato stellionatario per non aver avvertito il suo avversario che l'ipoteca che risulterà in suo favoro dalla sentenza, se questa sentenza gli è favorevole, si troverà a fronte con la ipoteca legale del pupillo o della moglie? Come il tutore o il marito il quale diviene contabile, ed i cui beni a questo titolo, saran gravati d'una ipoteca legale a favore dello Stato, potrà mai esser dichiarato stellionatario per non aver fatto conoscere allo Stato l'esistenza di quest'altra ipoteca legale di cui questi stessi beni sono gravati a causa della sua gestione di marito o di tutore?

Tali sono le obbiezioni presentate dalla generalità degli autori, i quali, considerandole come insormontabili, ànno conchiuso che il nostro articolo non trova applicazione che nel caso d'ipoteca convenzionale, il che del resto sembra risultare dallo art. 2194, il quale, rammentando nella sua disposizione finale la previsione del nostro articolo, non parla in effetti che dello *ipoteche consentita* da'tutori o da'mariti (2).

In quanto a noi non crediamo che le espressioni che si vorrebber ritogliere dal nostro articolo sieno senza significato nè valore. Sonovi in fatti de'casi in cui i tutori ed i mariti sono realmente stellionatarii nel senso di questo articolo, tuttochè non consentano direttamente ipoteca. Indubitatamente noi non ci spingeremo a dire col Duranton (3) che sono stellionatarii, e come tali, soggetti allo arresto personale, quando avendo perduta una lite, lasciano prendere alla parte che à ottenuta una sentenza contro di loro una ipoteca giudiziaria senza dichiararo l'esistenza dell'ipoteca legale; ovvero che il marito è stellionatario, tranne nel caso in cui diviene tutore legale, almeno quando accetta, senza dichiarare l'esistenza dell'ipoteca legale della moglie, una tutela a lui deferita da un consiglio di famiglia o dall'ultimo marento de'genitori del minore, chè, in questi casi, non si vede come ed in qual momento potrebbe la dichiarazione farsi; la legge non ne dice nulla, ed il suo silenzio a tal riguardo indica per sè stesso che non à preveduto tali situazioni. Ma in mancanza di questi casi, sonovene altri in cui i tutori ed i mariti divengono realmente stellionatari senza costituire, ma soltanto *lasciando prendera* delle ipoteche o anche dei privilegi; essi possono, col mezzo della surrogazione,

(1) V. Grenier (t. I, n. 261, alla nota), Duranton (t. XX, n. 42), Coin-Delisle (sullo articolo 2059, n. 13), Zachariae (t. II, p. 133), Troplong (Arresto personale, n. 71 o seg.), F. Ferrial Saint Prix (Riv. crit., t. VIII, p. 552, alla nota).

(2) V. Tarrible (v. Iscriz. § 5.n.5), Persil (art.215, n. 5), Dalloz (Rep., v. Priv. ed Ipot. p. 225, n. 36), Zachariae (t. II, p. 153, nota 11), Taulier (t. VII, p. 314), Troplong (653 bis).

(3) V. Duranton (III. XX, n. 48 o 49).

porsi in questo caso. Per esempio, gli immobili di Giuseppe, gravati dell'ipoteca legale di Eugenia, sua moglie, sono gravati inoltre di iscrizioni a favore di Giacomo, di Giovanni, di Paolo, le cui ipoteche vengon dopo quella di Eugenia. Sollecitato da Giacomo che vuole il suo pagamento, Giuseppe toglie a prestito da Luigi che surroga all'ipoteca di Giacomo, il quale è pagato coi danari del prestito, e si astiene allora di dichiarare la preesistenza dell'ipoteca legale.

V'à in ciò stellionato evidente nel senso del nostro articolo, poichè Giuseppe ha, se non consentito, almeno lasciato prendere un'ipoteca senza prevenire il creditore aurrogato della esistenza dell'ipoteca legale da cui era preceduto. — Per esempio ancora, Giuseppe vende uno degli immobili affetti all'ipoteca legale di Eugenia, sua moglie; acquista così il privilegio di venditore. Poi vien pagato mercè danari tolti a prestito da Giacomo, acquirente, a Luigi, e consente a costui una quietanza surrogatoria, senza dichiarare l'esistenza dell'ipoteca legale. In ciò ancora v'à incontrastabilmente stellionato; chè il marito à *lasciato prendere un privilegio*, senza prevenire che questo privilegio era preceduto da un'ipoteca legale la cui vendita da lui consentita non aveva pototo scemare le sicurezze (1).

Potrebbero aggiungersi altre ipotesi; ma queste mostrano abbastanza che la legge si esprime con esattezza nel nostro articolo quando dice che i mariti ed i tutori sono stellionatari *se consentono* o *lasciano prendere* de'privilegi o delle ipoteche senza fare le dichiarazioni richieste.

851. Ora che il caso preveduto dal nostro articolo è precisato, vediamo in quali circostanze, dato questo caso, la disposizione della legge può e deve ricevere la sua applicazione. Il testo non lascia alcun dubbio intorno a ciò: i mariti ed i tutori, vi è detto, *i quali, avendo mancato di far fare le iscrizioni prescritte*, avessero consentito o lasciato prendere delle ipoteche o de'privilegi su'loro immobili, *senza dichiarare espressamente* che questi immobili son gravati dell'ipoteca legale, saran reputati stellionatari. Pertanto, lo stellionato risulta qui da due circostanze: è uopo che l'ipoteca legale non sia già iscritta quando il tutore o il marito costituiscono o lasciano prendere delle ipoteche sul loro immobili e che non esistendo l'iscrizione, non abbian fatto al creditore che acquista ipoteca la dichiarazione espressa della preesistenza dell'ipoteca legale. La riunione di queste due circostanze è necessaria; mancando l'una delle due, la disposizione della legge diviene inapplicabile, non solo perchè in materia di stellionato, come in ogni materia penale, tutto è di dritto stretto, ma eziandio perchè le due circostanze sono correlativamente ligate, nel senso, che se l'una delle due manca, il creditore che acquista ipoteca legale sugli immobili affetti all'ipoteca legale non può giustamente allegare la frode che la legge suppone, e contro cui dirige i suoi rigori.

(1) V. Duranton t. XX n. 47).

852. Da un canto, in fatti, quando il marito o il tutore, obbedendo alla prescrizione della prima parte del nostro articolo 2136, àn fatto fare l'iscrizione dell'ipoteca legale, non v'à alcuna frode nè alcun dolo a rimproverar loro se, conferendo ulteriormente un'ipoteca, omettono di fare la dichiarazione espressa dell'onere di cui i loro immobili sono già gravati. Il creditore che tratta col marito à potuto conoscere l'esistenza di quest'onere; à dovuto anzi conoscerlo, se è stato vigile, chè à dovuto consultare i registri ipotecarii; e se à trascurata questa cura, cui la prudenza più volgare gli suggeriva di prendere, à commessa una colpa che non gli permette di rimproverare al tutore o al marito il silenzio che àn serbato costituendo o lasciando prendere l'ipoteca.

Aggiungiamo soltanto che, se la legge parla della iscrizione *fatta dal marito* o *dal tutore*, ciò non vuol dire che la soluzione non debba estendersi al caso in cui l'ipoteca legale fosse stata iscritta da tutt'altri che dal tutore o dal marito. Una volta che una iscrizione preesiste su'registri del conservatore, poco monta da chi emani la richiesta che ve l'à fatto portare; il creditore à potuto chiarirsi, e mal si dorrà della mancanza di una dichiarazione espressa al momento in cui à trattato col tutore o col marito: è sua colpa se non à conosciuto il vero.

853. Da un altro canto, quando il marito o il tutore, disconoscendo le prescrizioni della legge, àn trascurato di prendere una iscrizione che niun altro d'altronde à richiesta a nome della moglie o del pupillo, non v'à tampoco frode nè dolo da rimproverar loro se, conferendo ulteriormente o lasciando prendere ipoteca su'loro immobili, fanno conoscere, con la loro dichiarazione al creditore, la preesistenza dell'ipoteca legale. Riparano, con questa dichiarazione che supplisce al manco d'iscrizione, il torto che hanno avuto di non obbedire alla legge, e se al creditore, non essendogli fissato su questa dichiarazione, accadesse di dover trovare indi inciampo nello esercizio del diritto risultante dell'ipoteca legale, non vi sarebbe nulla di imputabile al tutore o al marito. Il creditore è stato avvertito; à trattato o agito con cognizion di causa; si è volontariamente e scientemente esposto al danno che soffre: la condizione costitutiva dello stellionato manca dunque nè meno che se

l'ipoteca legale fosse stata resa pubblica da una iscrizione.

854. Ma notiamo che la dichiarazione, acciò supponga un manco d'iscrizione, deve essere *espresso*. Il marito o il tutore il quale non avendo chiesta la iscrizione dell'ipoteca legale, si limitasse, pegnorando i loro immobili, a dichiarare semplicemente la loro qualità di tutore o di marito, ciò non basterebbe a farli sottrarre della pena dello stellionato. La dichiarazione deve esprimere inoltre che gli immobili sono affetti all'ipoteca legale; e ciò non è contenuto nella semplice enunciazione della qualità, poichè può accadere che il tutore o il marito non abbiano restituzioni ad effettuire alla moglie, o al pupillo. Vi fa d'uopo dunque di una dichiarazione che precisi e faccia conoscere l'esistenza dell'ipoteca legale; ed a parer nostro, così dev'essere, ancorchè la Corte di cassazione abbia giudicato il contrario anche nel caso in cui colui col quale il tutore o il marito obbligassero i loro immobili avesse avuto cognizione personalmente della esistenza dell'ipoteca legale (1). Quando la legge pronuncia la pena dello stellionato contro colui il quale, non avendo chiesta la iscizione, manca poi di fare una *dichiarazione espressa*, indica con ciò stesso che, nel suo pensiero, la dichiarazione soltanto può supplire al manco d'iscrizione; la cognizione che il creditore potesse avere della esistenza della ipoteca legale è un fatto troppo incerto, e sul quale posson sorger molte contestazioni; di tal che è prudente ammetterla, come in surrogazione dei pari al manco di iscrizione: si è lo avviso che prevale in dottrina ed in giurisprudenza (2).

855. Tuttavia, nel caso di dichiarazione incompleta o anche inesatta, si deve ammettere secondo le circostanze, l'eccezione di buona fede dal canto del tutore o del marito. In tesi generale o ne' casi ordinarii, la necessità della mala fede è presa como elemento dello stellionato (3); nan v'à motivo per eccettuare dalla regola il caso di stellionato previsto dal nostro art. 2136 ed aggiunto a quelli dello art. 2159. Le Corti di Bordeaux e di Parigi si son pronunciate in senso contrario (4).

Ma la soluzione sarebbe inaccettabile se fosse posta in tesi di dritto. Si può dire che in fatto il tutore o il marito saranno raramente di buona fede quando faranno una dichiarazione inesatta; ma infine, se la valutazione delle circostanze fa riconoscere che vi è stato semplicemente errore, e che la dichiarazione incompiuta o inesatta non è stata ispirata da niun pensiere fraudolente, sarebbe estremamente rigoroso l'applicare una sanzione stabilita per reprimere la frode e la mala fede. La Corte di Cassazione à giustamente deciso, in questo senso, che il marito il quale dichiara i suoi immobili franchi d'ipoteca non è stellionatario, tuttochè questi immobili sieno gravati dalla ipoteca legale della moglie, se è stabilito che à potuto credere allo annullamento di questa ipoteca, per esempio, se la moglie à dato il suo consenso alla convenzione, ma in istato di minorità, e questo consenso sia in seguito annullato (5).

856. Aggiungiamo, del resto, terminando su questa prima sanzione stabilita da'nostri articoli, che quando il marito, per esempio, è incorso nella pena dello stellionato, la moglie può farlo esentare dallo arresto personale, che è la conseguenza dello stellionato, se fa cessare il torto ed il danno cagionati al creditore che aveva ricevuto ipoteca dal marito rinunciando in suo favore alla sua ipoteca legale. La Corte di Parigi à deciso diversamente (6); ma gli è un eccesso di rigore; quando il creditore trova nella rinuncia della moglie la riparazione del danno che à sofferto, non si vede più perchè dovrebbesi ancor mantenere in suo potere il mezzo rigoroso dello arresto personale (7).

VII. — 857. Accanto alla sanzione di cui abbiamo testè parlato, la legge ne à posta un'altra, su cui non vi sono che pochissime osservazioni a fare. Questa colpisce i tutori surrogati, i quali, come abbiamo veduto, son tenuti a vegliare, nello interesse del pupillo, che le iscrizioni sien prese senza dilazioni su'beni del tutore, per ragion della sua gestione, ed anche a far faro le dette iscrizioni. Ma la sanzione è per sua natura differente da quella di cui abbiamo poc'anzi parlato; è esclusivamente pecuniaria: lo art. 2137 che la stabilisce ci dice, in effetti, che il tutore surrogato deve adempiere l'obbligo impostogli *sotto la suo responsabilità personale e sotto pena di ogni danno ed interesse*.

858. Ma riapetto a chi è il tutore surrogato responsabile? I termini ben vaghi del nostro articolo lasciano regnare qualche dubbio intorno a ciò. La quistione si pone rispetto al pupillo medesimo e rispetto a'terzi.

859. In quanto concerne il pupillo, si opina quasi generalmente che esistendo l'i-

(1) Rig., 26 giug 1844 (Dev., 45, 1, 77; Dall., 44, 1, 412).

(2) Limoges, 18 apr. 18 apr. 1828; Poitiers, 29 dec. 1830 (Dalloz, 29, 2, 95; 31, 2, 34). V. puro Persil (art. 56, n° 214), Zachariae (t. II. p. 153, nota12), Duranton (t. XX, n° 43) Taulier (t. VII, p. 314), Troplong (n° 633).

(3) Bordeaux, 13 feb. 1851, Douai, 20 nov. 1851 (Dev., 51, 2, 372; 53. 2, 270). V. Troplong (Arresto Personale n. 63 e 64).

(4) Bordeaux, 13 marzo 1833; Parigi, 28 nov. 1835 (Dall., 33, 2, 166; 36, 2, 80).

(5) Cass., 21 feb. 1827. V. puro Coin Delisle (art. 2059, n. 18). Troplong (*Priv. ed Ipot.*, n. 653).— *Arrogi*; Bordeaux, 9 luglio 1850.

(6) V. Parigi, 12 dic. 1816.

(7) V. in questo senso Duranton (t. XX, n. 43).

poteca per principio a favor di lui indipendentemente da ogni iscrizione, il manco di vigilanza del tutore surrogato o la sua inazione non può nuocere a lui, e quindi si conchiude che non è egli responsabile (1). Ciò, tuttavia, ci sembra troppo assoluto. Indubitatamente, se si mira solo al dritto di preferenza risultante dalla ipoteca, la soluzione dove accettarsi: il minore e lo interdetto ànno un dritto che rimonta alla data della tutela per prevalere su tutti quelli che il tutore avesse potuto conferire. Il loro interesse, sotto questo rapporto, non può dunque esser compromesso pel manco d'iscrizione, e quindi non possono avere alcun motivo di ricorrere contro il tutore surrogato che non avesse adempito al dovere che gli impone il nostro articolo. Ma se mirasi al dritto reale che si affigge all'ipoteca, la può esser diversamente. A questo punto di vista il non iscriversi l'ipoteca del pupillo può non essere senza inconveniente; si è ciò che vedremo nel nostro commentario degli art. 2193 e seguenti. E se in quest'ordine di idee o di fatti, accadesse che la mancanza della iscrizione volgesse a danno del pupillo non si potrebbe, mi sembra, ricusargli il beneficio del nostro articolo contro il tutore surrogato negligente certamente responsabile.

860. In quanto concerne i terzi, v'à un punto incontrastabilmente controverso: ed è che il tutore surrogato è responsabile delle conseguenze che posson risultare dal manco d'iscrizione dell'ipoteca legale, a danno dei creditori a cui il tutore avesse consentito delle ipoteche su'suoi immobili dopo la sua entrata in gestione. Questi creditori han potuto trattar nella fiducia che il pegno che loro si offriva era libero da ogni ipoteca, poichè niuna iscrizione era stata loro rivelata; se l'ipoteca legale si produce più tardi e viene a distruggere il pegno o ad assorbirlo in guisa che i creditori vi perdono il loro credito in parte o in totalità, potranno rivolgersi contro il tutore surrogato e domandargli la riparazione di una perdita a cui non sarebbero stati esposti se avessero conosciuta l'esistenza d'una ipoteca che la negligenza del tutore surrogato à lasciato loro ignorare.

861. Ma è forse mestieri andar più oltre e dire che il tutore surrogato sarà responsabile anche rispetto a' creditori semplicemente chirografari verso cui il tutore si fosse obbligato? L'affermativa potrebbe indursi dalla generalità de' termini del nostro articolo, e taluni autori sono giunti fino a ciò, fondandosi sul fatto che i creditori chirografari, se avesser conosciuta l'esistenza dell'ipoteca legale, non avrebber forse contrattato col tutore senza esigere, sia una cauzione, sia altro garenzie, o almeno si sarebbero affrettati ad esigere il loro pagamento, ed avrebbero evitato così di esser preceduti dal pupillo (1). Ciò ci sembra tuttavia un'esagerazione del principio della responsabilità; e pensando che il tutore medesimo incorre nella pena dello stellionato soltanto quando conferisce o lascia prendere ipoteca senza aver rivelata l'esistenza della ipoteca legale (art. 2136), e che pertanto niuna responsabilità lo colpisce sempreché contrae unicamente de' debiti chirografari, ci ripugna pensare che il tutore surrogato, la cui obbligazione non è in qualche guisa che sussidiaria, debba esser trattato più severamente e si possa estendere, a suo riguardo, il cerchio della responsabilità (2).

VIII. — 862. Qui si terminano le nostre osservazioni su di una serie d'articoli si quali il legislatore, facendo ritorno al dritto comune, si sforza a ricondurre sotto la regola della pubblicità l'ipoteca legale della moglie, de' minori e degli interdetti da cui lo art. 2135 li esonera per principio. Nell'ordine delle disposizioni del Codice, rinveniamo ora un'altra serie di articoli (art. 2140 a 2145) co' quali il legislature, ritornando ancora al dritto comune, vuole, in tutt'i casi in cui la cosa è possibile senza che le cautele del creditore ne sien compromesse, riporre sotto la regola della specialità l'ipoteca legale a cui lo art. 2122 attribuisce il carattere della generalità. Ma quest'ultima serie di articoli riguarda naturalmente il nostro commentario sulla estensione della ipoteca legale in quanto a' beni che affetta, e per tal motivo, li abbiamo riuniti allo articolo 2122 medesimo, ove il lettore troverà il commentario e la spiegazione (v. *supra*, n. 538, e seg.). Per la qual cosa non abbiamo altro a dire su questo capitolo III, il quale concerne specialmente le *Ipoteche*, come il capitolo precedente è speciale a' *Privilegi*, e, senza, trattenervici più oltre, giungiamo a' capitoli ne' quali il pensiere del legislatore abbraccia ad un tempo le due cause di preferenza.

2140 a 2145. — (*V. supra*, n. 538 e seg.)

(1) V. Persil (sullo art. 2137), Troplong (n. 653 *ter*).
(2) V. anzitutto Zachariae (t. II, p. 153, nota 14).
(3) V. in questo senso Dalloz (v. Priv. ed Ip., p. 224, n. 8), Tauller (t. VII, p. 316, 317).

FINE DEL SESTO VOLUME.

TAVOLA DELLE MATERIE

LIBRO III—TITOLO (XVIII)—DEI PRIVILEGI E DELLE IPOTECHE

FINE DELL' INDICE DEL VOL. VI.